الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة
وزارة التعليـم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945 قالمـة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
مخبر الدراسات القانونية البيئية

أطروحة

لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية– الشعبة: الحقوق

الاختصاص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة: فراح ربيعة

بعنوان

تطور الشكلية في العقود

بتاريخ: 27فيفري 2024 أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الاسم واللقب	الرتبة		
السيدة مشري راضية	أستاذ التعليم العالي	جامعة 08 ماي 1945–قالمة	رئيسا
السيدة مقلاتي مونة	أستاذ التعليم العالي	جامعة 08 ماي 1945–قالمة	مشرفا ومقررا
السيد نبيل ونوغي	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي سي الحواس بريكة	عضوا ممتحنا
السيدة مونية بن بوعبد الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس	عضوا ممتحنا
السيدة مريم فلكاوي	أستاذ محاضر –أ	جامعة 08 ماي 1945–قالمة	عضوا ممتحنا
السيد خير الدين فنطازي	أستاذ محاضر –أ	جامعة 08 ماي 1945–قالمة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2023–2024

قال الله تعالى:

بسم الله الرحمان الرحيم

يا أيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسئموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم

صدق الله العظيم

(سورة البقرة-الأية:282)

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"من سلك طريقا يبتغي فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة وان الملائكة لتضع أجنحتها رضاء لطالب العلم، وإن العالم ليستغفر له من في السماوات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، إن العلماء ورثة الأنبياء إن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما إنما ورثوا العلم، فمن أخذ به أخذ بحظ وافر"

رواه الترمذي: 2606 وصححه الألباني.

إهداء

أهدي هذا الإنجاز المتواضع إلى:

*من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين **سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وعلى آله وصحبه أجمعين.***

***الوالدين الكريمين؛ أمي الحبيبة** كنت ولا تزالين صاحبة الفضل في وصولي لهذا المستوى العلمي سهرت الليالي وتعبت كثيرا من أجلي جعلها الله في ميزان حسناتك، **أبي العزيز** تحملت مشقة الحياة من أجلنا، أدام الله عليكما الصحة والعافية وأطال الله في عمركما.*

***أخواتي العزيزات** خاصة **أختي الصغيرة الجميلة سلمى، وأخي الوحيد محمد** أنار الله دربكم ووفقكم في حياتكم.*

***جدي الحبيب** لطالما غمرتني بطيبة قلبك وبدعائك أسأل الله أن ينعم عليك بموفور الصحة والعافية.*

***روح جدتي الحبيبة** التي غادرتنا منذ شهرين وكانت نعم الجدة بدعواتها ودعمها الدائم لي، رحمك الله وأسكنك فسيح جناته.*

زملائي الدكاترة الأوفياء.

***إلى كل معلم ومعلمة** تعلمت على يديهم الحروف والأرقام في الأطوار الثلاثة الابتدائي والمتوسط والثانوي.*

شكر وتقدير

أعظم الشكر وأكمله لله رب العالمين، على عظيم فضله وجزيل إحسانه أن أتم علي بنعمته ووفقني بإنجاز هذه الأطروحة، **"وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب"**

يقول المصطفى محمد عليه أفضل الصلاة والسلام

"من أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه به فقولوا له جزاك الله خيرا"

فجزاك الله خيرا أستاذتي الكريمة **الأستاذة الدكتورة مقلاتي مونة** لتكرمك قبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة، وعلى كل ما قدمته لي من توجيهات ونصائح قيمة، كنت ولا تزالين السند المتين لي، دمت ذخرا وحللت في الأفاق فخرا، وزادك الله بسطة في الجسم والعلم ومتعك بموفور الصحة والعافية.

*وجزيل الشكر والتقدير موصول إلى الأساتذة الأفاضل **أعضاء لجنة المناقشة** كل باسمه ودرجته على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة، وعلى جهودهم القيمة في تقييمها وتنقيحها، شرف لي أن أستقي من علمكم وخبرتكم، فجزاكم الله خيرا وأدام عزكم وعطاءكم ودمتم منارة للعلم والمعرفة.

*كما لا يفوتني تقديم الشكر الجزيل **للأستاذ الدكتور نجاح عصام** بصفته رئيس لجنة التكوين الذي رافقنا طيلة الأربع سنوات من التكوين ففتح لنا المجال للخوض في طريق البحث العلمي، فجزاك الله خيرا أستاذي على كل ما قدمته طوال تلك الفترة.

*والشكر والعرفان موصول لكل من قدم لي يد العون ولو بالكلمة الطيبة.


مقدمة

مقدمة

القانون الروماني هو المصدر التاريخي للشكلية حيث كان أرضا خصبة لها نظرا لقلة المعاملات في المجتمع الزراعي الوثني، وقد مر القانون الروماني كغيره من القوانين بمراحل مختلفة أثرت في تطور قواعده، حيث نشأ هذا القانون لأول مرة في مدينة روما وطبق فيها، ومن ثم امتد واتسع نطاقه إلى إيطاليا وأغلب دول العالم المتمدن في ذلك العصر والذي عرف بالعصر الملكي (754 ق.م)، وإلى غاية القرن السادس ميلادي وهو عصر الإمبراطورية السفلى والذي انتهى بوفاة الامبراطور جستنيان.

كانت العقود الشكلية هي السائدة آنذاك، بحيث أن العقد كان ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة، ويُعتبر صحيحاً وقائماً بمجرد إستيفائه للشكليات المقررة قانوناً حتى ولو كان السبب غير مشروع، أو كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة، مما يعني أن القانون الروماني لم يكرس مبدأ الرضائية في العقود، معتبراً أن تبادل الرضى بين الدائن والمدين لا يُنشئ عقداً، أما في القرون الوسطى وفي أوروبا تحديداً، بدأت الإرادة تلعب دوراً هاماً في العقود، وقد ساعد رجال الدين في ذلك الزمان على الحد من القيود الشكلية، معتبرين بأن المتعاقد الذي يقسم اليمين على القيام بتعهده، ولو لم يفرغه في قالبه الشكلي المحدد، يصبح ملزماً به، لأن الإخلال بتنفيذ الوعد كان بمثابة خطيئة، حيث علقت الكنيسة أهمية كبرى على احترام الكلام والألفاظ.

بعد أن أفرط القانون الروماني في الشكلية، تحررت الإرادة من الشكلية، والفضل في تحريرها من هذا العبء الثقيل عليها، يرجع إلى القانون الكنسي الذي وسع من الرضائية لتصبح مبدأ عاماً في العقود، وذلك كله نتيجة لتأثير المبادئ الدينية التي قوامها احترام الوعد والتعهد، واعتبر الاخلال بهما خطيئة دينية يترتب عليها إمكانية إكراه المتعهد المقصر على تنفيذ ما تعهد به امام المحاكم الكنسية، وهكذا انقلبت الأوضاع فأصبحت الإرادة قادرة على إنشاء العقد، وأصبحت قاعدة في القانون الكنسي بعد ما كان بالأمس استثناء في القانون الروماني، وقد تبنى هذا الموقف القانون الفرنسي القديم، ومن بعده القانون المدني الفرنسي، وتم

استبدال الأساس الديني لحرية الإرادة في إبرام العقود (مبدأ الرضائية) بأسس فلسفية وسياسية، واقتصادية، كلها اصطبغت بصبغة فردية نتيجة لسيادة المذهب الفردي آنذاك في عصره الذهبي، وهكذا وصلت الإرادة في تطورها لتصبح حرة طليقة من أي قيد أو إجراء شكلي يحدها ويعيقها عن إنشاء العقد وتكوينه، ولكن مهما بلغ الاتجاه الحديث نحو التوسع في العقود الشكلية فإنه بعيد جداً عن أن يعود بالشكلية إلى أن تصبح هي القاعدة في إنشاء العقود.

بعد اضمحلال الشكلية بسبب رجال الدين في العهد الكنسي المسيحي، انتشرت الرضائية بشكل واسع في إبرام العقود، حيث كانت الإرادة كفيلة لوحدها في ترتيب الأثار القانونية للعقود، وبقي الوضع كذلك حقبة من الزمن، حيث استغرقت الرضائية تاريخ في القوانين الوضعية القديمة والمعاصرة، إلا أن الوضع لم يدم أبد الدهر؛ فبعد حدوث التطورات العلمية والفكرية منتجة التراكمات المعرفية التي تسببت في انقلاب الموازين وتوتر وزعزعة استقرار مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود، ليعود ركن الشكلية باسطا نفوذه؛ بعد أن أصبح لغة القانون المعاصر، بل وأصبح وسيلة حتمية في واقعنا اليومي وكما يقال في مثلنا الشعبي "الثقة في الوثيقة".

تبلورت الشكلية وصارت من أهم سمات القانون المدني المعاصر، وأمام تقلص مبدأ سلطان الإرادة تحولت جل العقود إلى عقود شكلية يلزم لانعقادها إتباع شكل محدد قانونا، حيث يقول اهرينج الفقيه الألماني وأحد أبرز فلاسفة القانون، في كتابه "روح القانون الروماني" أن "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، ويقول أيضا في هذا الصدد "لا يوجد عمل إرادي من غير شكل".

بالنظر إلى تطور الشكلية عبر العصور، نخلص إلى تصورين لفكرة الشكلية في العقود باعتبارها فكرة قديمة حديثة، فالشكلية القديمة أو بالأحرى الشكلية الرومانية حيث نشأت التصرفات القديمة على هذه الشكلية في بيئة غارقة في الماديات، حيث كانت الركن الأوحد في أغلب التصرفات القديمة والتي كانت

جوهر التصرفات القانونية وكانت تغني عن الرضا، بينما الشكلية الحديثة فهي تفرض من قبل المشرع لحماية المصالح العامة والخاصة سواءً أكانت في العقود التقليدية أم الإلكترونية، وذلك بفرضها لصحة العقد، أي هو ذلك الأسلوب المحدد الذي يفرض لكي يكون وعاءً خاصاً لإظهار الإرادة، وبالتالي صحة التصرف وأبرز ما يختص به هو صفة الإلزام إذ أن المشرع يفرضه فرضاً، ويجعله عنصراً جوهرياً في العقد، والذي يترتب على تخلفه بطلان العقد، وبالتالي الشكلية الحديثة هي التي استقرت عليها التشريعات المعاصرة.

يختلف مفهوم الشكلية الحديثة باختلاف التشريعات، فمنها من يحصرها في الكتابة بنوعيها، الرسمية إذا أشرف على تحريرها موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة،، والعرفية إذا حررت من قبل شخصا عاديا، ومنهم من يقصرها إضافة إلى الكتابة على الأفعال الواجب إتباعها لانعقاد التصرفات القانونية وهذا ما يعبر عنه بالتسليم، حيث أخذ به المشرع الفرنسي في نصوص القانون المدني، وجعل العقود التي لا تنعقد إلا بفعل التسليم عقود عينية، خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يعترف بالعقود العينية، وأخذ بفكرة التسليم كالتزام لتنفيذ العقود، وليس كركن لانعقادها.

كما أن مستجدات العصر الحديث وما ينطوي عليه من تطورات اقتصادية واجتماعية أسفر عن حركة الأطراف في الاقبال على إبرام عقود ثقيلة الوزن في الالتزامات والأثار، لا تكفي لإبرامها إرادة الأطراف ولا الشكليات البسيطة، فكان لابد من وجود شخص مؤهل قانونا يتولى تنظيم هذه العقود ويضبط كتابتها، ومن هنا انبثقت مهنة التوثيق، التي أنشأت لضبط وحماية العمليات التعاقدية.

فالتطورات الحاصلة في ركن الشكلية لم تتوقف فقط على التغيرات في مدى اعتماد الكتابة ودورها في إبرام العقود، بل أبعد من ذلك خلق تصورات جديدة عن النظرية العامة للعقد، حيث خلقت نظيرة هذه العقود بحلتها الالكترونية نتيجة ثورة التكنولوجيا والمعلومات التي شهدها العالم في الوقت الراهن،

وخصوصيات هذه العقود تستدعي تدخل قواعد الجديدة لتنظيمها، فكل هذه التغيرات تصب في مصب واحد ألا وهو اصلاح الأسس الكلاسيكية التي تحكم النظرية العامة للعقود ونظرية الإثبات، وعدم القول بغير ذلك يجعلنا أمام أزمة العقود في مسايرة التطورات العلمية والتكنولوجية.

لقد واكبت جل التشريعات هذه التطورات وكانت سباقة بوضع تنظيم قانوني يحكم العقود الالكترونية، كذلك التشريع الجزائري رحب بفكرة العقود الالكترونية من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، الذي استحدث الشكلية الالكترونية في الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، إلا أنه كان شحيح في تخصيصه مساحة في القانون المدني حيث اكتفى بمادتين فقط، وهذا إن دل فيدل على عدم استعداده لتبني التعاقد في الشكل الالكتروني، ليرجع ويتدارك الأمر ويصدر القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، واضعا الإطار القانوني لمفهوم التوقيع الالكتروني والسلطات المختصة بالتصديق الالكتروني.

كما أسفر عصر الرقمنة عن ظهور ما يسمى ب "تجارة العصر والمستقبل" أي التجارة الالكترونية ولقد اعتمدت كافة الدول التي تبنت أسلوب التعامل بالوسط الافتراضي في ظل تشريعاتها الداخلية على تنظيم نمط التعاقد إلكترونيا كأحد الأساليب التعاقدية لممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، والدفع بعجلة تطور هذا الاقتصاد الرقمي لترقية اقتصادها الوطني ومن بين هذه الدول، نجد الدولة الجزائرية بحيث سعى المشرع في سنة 2018 إلى إصدار القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كأحد الدعائم التشريعية لتنظيم جل أحكام وقواعد إبرام العقد الإلكتروني لغرض إضفاء طابع الثقة والأمان في نفوس المتعاملين الاقتصاديين على الصعيد الدولي خاصة.

أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية دراسة موضوع تطور الشكلية في العقود في جملة من الأمور والتي ارتأينا تقسيمها إلى أهمية نظرية وأخرى عملية نستعرضها كالأتي:

-الأهمية النظرية:

تتجلى الأهمية النظرية في اهتمام القوانين القديمة والحديثة بموضوع ركن الشكلية في العقود، حيث مر بالعديد من التطورات بداية من القانون الروماني مرورا بالقوانين المعاصرة، وبلغت الأهمية أقصاها عندما كان ركن الشكلية الأصل في إبرام العقود، دون الحاجة لوجود الإرادة وأبعد من ذلك حتى ولو كانت هذه الإرادة معيبة، ينعقد العقد باستيفاء الشكل المطلوب، وكان هذا في العصر الملكي إلى غاية العصر الامبراطوري، ثم صارت الشكلية استثناء وليست أصل وهذا بفضل رجال الدين في تلك الحقبة ولازالت إلى وقتنا الحالي استثناء، وتواصلت تطورات الشكلية عبر العصور، ما أدى إلى ظهور مفاهيم قانونية جديدة ساهمت في ارتقاء الشكلية، أهمها مفهوم التوثيق الذي يحتل الصدارة في إبرام العقود الرسمية، لما يتميز به من ضمانات في حماية حقوق المتعاقدين.

-كما أسفرت التقنيات الحديثة إلى ظهور منصات للتعاقد الالكتروني، والتي تكون فيه الشكلية الكترونية، مما خلق الحاجة إلى إصلاح النظرية العامة للعقود، حتى تتماشى ومقتضيات العصر الرقمي، ورغم اختلاف الشكلية الالكترونية عن الشكلية التقليدية إلا أنها لا تزال محل اهتمام أغلب التشريعات الحديثة، والتي اتجهت نحو تعزيز الشكلية الإلكترونية من خلال اصدار قوانين وأوامر ومراسيم تنظمها، فالشكلية كانت ولا تزال موضوع الساعة.

-الأهمية العملية:

تتجلى الأهمية العملية لركن الشكلية في العقود بالنظر إلى الضمانات التي ينطوي عليها، خاصة الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية والتي تتم على يد موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، حيث أن العقد الرسمي الذي أشرف على تحريره ضابط عمومي يتمتع بالحجية المطلقة في الإثبات، حيث لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق الادعاء بالتزوير سواء بدعوى أصلية أو بطلب فرعي.

-كما تظهر الأهمية العملية في الدور الفعال لركن الشكلية عند وقوع النزاعات بين الأطراف، فيكون العقد الرسمي أو حتى العقد العرفي الموقع أداة إثبات تختصر جميع طرق الاثبات الأخرى.

-تظهر أيضا الأهمية العملية من خلال التسليم باعتباره الصورة الثانية للشكلية، فمن الناحية التطبيقية إبرام عقود تشترط التسليم المادي لمحل العقد كفيل بتقليص المنازعات المطروحة أمام القضاء بشأن الاخلال بالالتزام بتسليم محل العقد، لهذا فالتسليم يحقق فعالية كونه ركن للانعقاد وليس التزام.

-تتجلى الأهمية العملية لركن الشكلية في العقود المنصبة على العقار أو حق عيني على العقار في الطابع الحمائي الذي يفرضه العقد الرسمي المحرر من قبل الموثق، حيث على أساسه يقوم الموثق بتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع، ومن هنا تبدأ مهمة المحافظ العقاري في مراقبة مدى صحة هذا العقد، ثم يبدأ في الشروع بإجراءات الشهر العقاري، بداية من عملية مسح الأراضي إلى غاية تسليم الدفتر العقاري للمالك الذي تنتقل له بذلك ملكية العقار أو الحق العيني على العقار، فكل هذه الإجراءات القانونية تبنى على أساس العقد الرسمي التوثيقي.

أهداف الدراسة:

إن دراسة موضوع تطور الشكلية في العقود يهدف إلى تحقيق جملة من الأهداف والتي يمكن إجمالها في نقاط نستعرضها كالأتي:

-البحث في الأصل التاريخي لركن الشكلية في العقود وتطوراتها عبر العصور القديمة والحديثة.

-تحديد مفهوم الشكلية ودورها في إنعقاد وإثبات العقود التقليدية أو الالكترونية.

-بيان أبعاد تكريس الصورة الثانية للشكلية المتمثل في التسليم باعتباره ركن لقيام العقود العينية، في التشريع الجزائري ومقارنته بالتشريع الفرنسي.

-معرفة مدى صحة الكتابة الرسمية الالكترونية في إبرام العقود الرسمية المنصبة على العقار في التشريعين الجزائري والفرنسي.

-البحث في التقنيات الحديثة للتوثيق الالكتروني بالاستعانة بالمقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي.

-تسليط الضوء على حركة التشريع الجزائري في ضبط الشكلية الإلكترونية ضمن قواعد الشريعة العامة.

-مقارنة مدى تنظيم ركن الشكلية في العقود الالكترونية بين قوانين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي.

-تقييم استراتيجية المشرع نحو تعزيز ركن الشكلية في العقود الالكترونية مسايرة للتطورات المعلوماتية.

-التعرف على تأثيرات الأنماط الجديدة للتعاقد وتقنيات المعلومات الحديثة على استقرار الأسس الكلاسيكية للنظرية العامة للعقود ونظرية الإثبات.

-تقدير فعالية القوانين الوطنية في استحداث الشكلية في العقود الالكترونية ومدى نجاحها في تنظيم إبرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة.

-تقييم إستراتيجية القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية في استحداث الكتابة الرسمية الالكترونية. -تحديد حجية التوقيع الالكتروني في إثبات العقود العرفية الالكترونية على ضوء قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين.

أسباب إختيار الموضوع:

من الأسباب الدافعة إلى دراسة موضوع تطور الشكلية في العقود أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

-**الأسباب الذاتية:** التي تتعلق بالدرجة الأولى بتخصصنا العلمي وهو القانون الخاص الذي يعد المجال الخصب لمثل هذه المواضيع، أيضا الاهتمام بالشريعة العامة وبكل ما يندرج ضمنها من مفاهيم ونظريات قانونية، حيث أن موضوع ركن الشكلية من المواضيع التي ينظمها القانون المدني، هو جزء من النظرية العامة للعقود، أيضا من الأسباب الذاتية هي الرغبة الذاتية في معرفة المستجدات والتطورات التي مست الأسس الكلاسيكية للعقود، ودراسة حركة التشريعات في مواكبة هذه التغيرات، الميول إلى استقراء نصوص المواد القانونية وتحليلها وتقييمها ونقدها، وفتح أفاق جديدة من خلال التعقيب عليها وتقديم اقتراحات.

-**الأسباب الموضوعية:** القيمة القانونية التي تتمتع بها الشكلية ناهيك عن الكتابة الرسمية التي تحتل الصدارة من جهتين، الأولى كركن في إبرام العقود العقارية ونحن لا يخفى علينا قيمة العقار ، والثانية

كوسيلة إثبات للحقوق المتضمنة في العقود، إلا أنها لم تحظى الشكلية بتنظيم مثلما حظي به ركن التراضي، حيث جاءت القواعد المنظمة لهذا الأخير متسلسلة من حيث التعريف والتفصيل في الايجاب والقبول وتوافق الارادتين، كذلك عيوب الإرادة والاثار المترتبة على تخلفه، جاءت المواد متتابعة ومرتبة، ما لم نجده في ركن الشكلية الذي أشار له المشرع بموجب المادة 324 من القانون المدني ضمن الباب السادس المعنون بإثبات الالتزام الذي يندرج ضمنه الفصل الأول الاثبات بالكتابة، أيضا لقيمة موضوع ركن الشكلية في العقود والذي اعتبرته همزة وصل بين القوانين القديمة والقوانين المعاصرة، فهو بمثابة بوابة على المنصات الرقمية للتعاقد حيث أن هذه الشكلية بعد التطورات التي شهدتها عبر العصور في العقود التقليدية، تطورت مجددا من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكترونية، ما دفع بالتشريعات للنظر من جديد في ركن الشكلية بغية تطوير القواعد القانونية المنظمة له ومسايرتها للتطورات التكنولوجية والمعلوماتية، ما يستدعي ضرورة إصلاح المفاهيم القانونية الكلاسيكية للنظرية العامة للعقود عامة، وركن الشكلية في العقود خاصة.

صعوبات الدراسة:

تتمحور صعوبات دراسة هذه الأطروحة في أنه لم تحظى الشكلية بالإهتمام التشريعي، بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لا نجد أحكام للشكلية في العقود فهي لم تحظى بتنظيم قانوني مثل ما حظي به التراضي ضمن قواعد الشريعة العامة، فالمشرع تطرق إلى الشكلية من خلال الفصل الأول المعنون بالإثبات بالكتابة، حيث جاء مفصلا في طرق الإثبات التي تحتل فيها الكتابة الصدارة، ولم يخصص للشكلية مساحة في القانون المدني، وهذا بحد ذاته عقبة في دراسة هذا الموضوع، بالنظر إلى أهمية النصوص القانونية في تسهيل ضبط الموضوع، حيث كانت الصعوبة الأولى قصور القواعد العامة في وضع الإطار القانوني لركن الشكلية في العقود التقليدية، والأصعب من ذلك هو شح الدراسات القانونية للباحثين لهذا الموضوع، خاصة الكتب المعروفة بغزارة المعلومات لم نجد فيها ما يستحقه الموضوع، حيث اكتفت أغلبها بدراسة تعريف

الشكلية وصورها المتمثلة في الكتابة والتسليم، وتفرقة بسيطة بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات، وبالنسبة للعقود الالكترونية توفرت على العديد من المراجع.

الدراسات السابقة:

لم يستقطب موضوع ركن الشكلية في العقود التقليدية أنظار الباحثين في العلوم القانونية، بالرغم من أهميته العملية في إبرام العقود الرسمية، ذلك أن الرسمية هي نوع من أنواع الكتابة إضافة إلى الكتابة العرفية، حيث أن أهم العقود اشترط المشرع الجزائري لإبرامها ركن الكتابة الرسمية في تحريرها، كالعقود العقارية، وعقود الشركة التجارية، أما بخصوص ركن الشكلية في العقود الإلكترونية حظي بإهتمام الباحثين رغم قصور القواعد العامة في تنظيمه، فتنوعت الدراسات الأكاديمية منها ما تعلق بالكتابة الالكترونية ومنها ما تعلق بالإثبات الالكتروني وهذا في العقود المدنية الالكترونية، وبالنسبة لعقود التجارة الالكترونية خطى المشرع الخطوة الأولى نحو إصدار قانون التجارة الالكترونية والذي كان هو الأخر مجالا خصبا للبحث العلمي، حيث عملنا على انتقاء دراسات جدية في موضوع الشكلية في التعاقد الالكتروني نستعرضها كالأتي:

1-أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحث جمال ديلمي، بعنوان آثار التصديق الإلكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2023-2022 :

تضمنت هذه الأطروحة مسألة الأثار المترتبة على التصديق الالكتروني استنادا إلى ما تم النص عليه في القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وقد تطرق الباحث إلى بيان التنظيم القانوني لخدمة التصديق الالكتروني، موضحا في ذلك سلطات التصديق الالكتروني، إلى جانب الحقوق المترتبة عن خدمة التصديق الالكتروني، كذلك تناول الباحث مسألة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزامات خدمة التصديق الالكتروني من خلال عرض مواقف التشريعات المقارنة بالتشريع الجزائري، وما نلتمسه في

هذه الأطروحة هو الدراسة المعقمة لخدمة التصديق الالكتروني، حيث فصل الباحث في الجهات المختصة بهذا التصديق ومسؤوليتها في إطار الاخلال بقواعد التصديق الالكترونية، إلا أن الباحث لم يعالج صلاحية التصديق الالكتروني على العقد الرسمي الالكتروني، كما أنه لم يفتح الأفاق نحو موضوع التصديق الذي يقوم به الموثق الالكتروني باعتبار أن كلاهما يمنحان للعقد الصفة الرسمية، مما يجعل دراستنا شاملة في دراسة الشكلية على إطلاقها، إلا أننا استعنا بهذه الأطروحة في جزء فقط والمعنون بالتصديق الالكتروني.

2- أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحثة الزهرة جقريف، بعنوان حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، السنة الجامعية: 2019-2020:

تطرقت هذه الأطروحة إلى موضوع حجية الكتابة والتوقيع الالكترونيين في الاثبات على ضوء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وما يهمنا هو الجانب التشريعي وهو ما يفرضه علينا التخصص، حيث أن الباحثة سلطت الضوء على مسألة الإثبات في العقود الالكترونية من خلال الكتابة والتوقيع الالكترونيين باعتبارهما من أهم مقومات الشكلية في العقود الالكترونية، مستندة في ذلك إلى القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، كما أنها عرجت في مسألة جد مهمة ألا وهي مدى صلاحية الكتابة الإلكترونية في إبرام العقود العقارية، مستندة في ذلك إلى قواعد قانون التجارة الإلكترونية 18-05، فالباحثة ركزت في أطروحتها على صورة واحدة للشكلية وهي الكتابة، والتي لم تلمح بأنها تندرج ضمن مفهوم الشكلية، ما يجعل القارئ غير المختص في المجال القانوني لا يميز إن كانت الكتابة هي الصورة الثانية للشكلية، كما أن الدراسة كانت في المجال الالكتروني، حيث كان من الأجر توظيف دلالة للعقود الالكترونية، خاصة أن موضوعها يعالج مسألة الإثبات بالاستعانة بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني بغية إثبات العقود الالكترونية، وهذا ما لم تعرج إليه الباحثة في العنوان، كما أننا استعنا بهذه

الأطروحة في الجزء المتعلق بالعقود الالكترونية، وبما أننا دراستنا تناولت ركن الشكلية في العقود التقليدية والالكترونية تكون بهذا دراسة شاملة.

3-أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحث ازرو محمد رضا، بعنوان إشكالية إثبات العقود الإلكترونية دراسة مقارنة، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،2015-2016:

تناول الباحث في هذه الأطروحة إشكالية إثبات العقود الإلكترونية دراسة مقارنة، في القانون الخاص، حيث تناول مسألة مهمة وهي مدى صحة القواعد التقليدية في إثبات العقود الالكترونية، وتطرق الباحث إلى مبدأ التكافؤ بين المحررات الورقية والالكترونية وحجيتها في الإثبات، كذلك مسألة الكتابة الالكترونية خاصة المحرر الرسمي الالكتروني وحجيته في الاثبات، وكيفية إنشاء هذا المحرر، وفي المقابل تطرق إلى المحرر العرفي الالكتروني وحجيته كذلك في الاثبات من خلال التطرق إلى التوقيع الالكتروني باعتبار أن الورقة العرفية تستمد حجيتها من توقيع صاحبها، وحدد الباحث في هذه المسألة التفرقة بين التوقيع العادي والموصوف من خلال حيازته لشهادة التصديق الالكترونية، وفق ما ينص عليه قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث كانت هذه الدراسة تخص الكتابة والتوقيع الالكترونيين ودورهما في إثبات العقد الالكتروني، وإشكالية صحتهما في الصورة التقليدية في إثبات هذا الأخير، حيث استعنا في هذه الأطروحة بحجية التوقيع الالكتروني سواء كان عادي أو موصوف، أو يحوز على شهادة الكترونية بالتصديق أو لا، وبالنظر إلى أن ما تناولناه في أطروحتنا هو جزء من هذه الدراسة، حيث عرجنا في دراسة ركن الشكلية سواء كانت تقليدية أو إلكترونية في الانعقاد والاثبات.

4- رسالة ماجستير، مقدمة من طرف الباحثة أمال بوبكر، بعنوان سلطات التصديق الالكتروني، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2017/2018:

تطرقت الباحثة في هذه الرسالة إلى سلطات التصديق الالكتروني على ضوء قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث تناولت الإطار القانوني المنظم لسلطات التصديق الالكتروني والتي شملت مظاهر الاستقلالية العضوية والوظيفية لها، ثم عرجت بتحديد اختصاصات سلطات التصديق الالكتروني وهذا بعد تقسيم هذه السلطات إلى ثلاثة السلطة الوطنية للتصديق الالكترونية والسلطة الحكومية والسلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، حيث عمدت الباحثة في رسالتها على تبيان التنظيم العضوي والوظيفي للتصديق الالكتروني، حيث تمت الاستعانة بهذا التقسيم من جانب العضوي والوظيفي في جزء من أطروحتنا.

5- أطروحة دكتوراه مقدمة من طرف الباحثة عائشة قصار الليل، بعنوان حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016 – 2017:

استهلت الباحثة في هذه الأطروحة بتحديد مفهوم المحرر الالكتروني باعتباره دليل إثبات إلكتروني، ثم عرجت إلى بيان شروط حجية هذا المحرر في الاثبات، ثم تطرقت إلى أنواع المحررات الالكترونية بتقسيمها إلى محررات رسمية إلكترونية وأخرى عرفية الكترونية، حيث قامت الباحثة بتسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري من مفهوم المحررات الرسمية الالكترونية خاصة وأن الباحثة تناولت مدى صحة تطبيق القواعد العامة للإثبات على المحررات الالكترونية والموقعة الكترونيا، وهذا بالنظر إلى عدم وجود قانون ينظم الكتابة الرسمية الالكترونية، وهذا ما يفتح الأفاق نحو تدارك المشرع الجزائري لهذا الإشكال، كما تناولت أيضا لدور التوقيع الالكتروني في إثبات المحررات الرسمية والعرفية الالكترونية موضحة في ذلك اختصاصات سلطات التصديق الالكتروني في توثيق التوقيع من خلال منح شهادة تصديق الكترونية، وتمت الاستعانة بهذه الأطروحة فيما يتعلق بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، وكذلك الكتابة الالكترونية

سواء كانت رسمية أو عرفية، وننوه إلى أن هذه الأطروحة عالجت موضوع المحرر والتوقيع الالكترونيين في الاثبات فقط دون الانعقاد، وفي العقود الالكترونية دون التقليدية، وأيضا لم توضح مفهوم الشكلية الالكترونية بعد ظهور المفاهيم الجديدة كالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني مما يسفر عن تغيير في مفهوم ركن الشكلية ، وهذا الأمر تطرقنا له ما جعل دراستنا تشمل كل الدراسات السابقة.

إشكالية الدراسة:

الإشكالية هي محور الدراسة التي دفعتنا للبحث في رفوف الكتب والمجالات العلمية بغية التوصل إلى حلها، حيث كان لزاما الإحاطة بالمستجدات القانونية للتشريع الجزائري، وكذلك التشريع الفرنسي بغية تقدير التطور في اعتماد ركن الشكلية في العقود التقليدية والإلكترونية، وعليه نطرح الإشكالية كالتالي :

***ما مدى مساهمة المشرع الجزائري في تحديث الأسس الكلاسيكية لنظرية العقود لاستيعاب تطور الشكلية في العقود التقليدية والالكترونية؟**

تنطوي الإشكالية الرئيسية على العديد من التساؤلات الفرعية، والتي نعرض أهمها كما يلي:

-ماهي أبعاد تجسيد فكرة الشكلية التقليدية بنوعيها الكتابة والتسليم ضمن قواعد الشريعة العامة؟

-كيف ساهمت التطورات الحديثة لمنصات التعاقد الالكتروني في تأزم النظرية العامة للعقود؟

-هل وفق المشرع الجزائري في وضع الإطار القانوني للعقود الالكترونية؟

-ما هو موقف المشرع الجزائري من إبرام العقود المنصبة على العقار بالشكل الالكتروني؟

منهج الدراسة:

بهدف التوصل إلى الإجابة على الإشكالية الرئيسية المذكورة أعلاه، وكذلك تساؤلاتها الفرعية، ارتأينا العمل على مزج مجموعة من مناهج البحث العلمي إن صح التعبير وهي: المنهج التاريخي والمنهج الوصفي والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن وذلك على النحو التالي:

-**المنهج التاريخي:** الذي يبرز من خلال دراسة تطور ركن الشكلية في العقود وفق مسار التشريعات القديمة والحديثة، بداية من القانون الروماني باعتباره المصدر التاريخي في تطبيق الشكلية في مختلف العقود، مرورا بالتشريعات المعاصرة كالتشريع الفرنسي، وختاما بالتشريع الجزائري الذي شهد هو أيضا تطورات في ركن الشكلية سواء في العقود التقليدية أو الالكترونية.

-**المنهج الوصفي:** يظهر من خلال القيام بجمع المعلومات حول ركن الشكلية في العقود التقليدية والالكترونية، بهدف معالجتها عن طريق وصفا دقيقا من جميع جوانبه وأبعاده القانونية، كما هو منصوص عليه في القوانين الوضعية.

-**المنهج التحليلي:** يتجلى في دراسة نصوص المواد القانونية المتعلقة بالشكلية، وفهمها فهما جيدا، ومعرفة شروط تطبيقها ومن ثم فحص موقف المشرع الجزائري في تنظيم الشكلية في المجال التعاقدي التقليدي والالكتروني، حيث عملنا على تفكيك الشكلية وتصنيفها إلى عناصر أساسية، ودراسة كل عنصر بمعزل عن الآخر، ثم إسقاط كل عنصر على ما يضبطه من نصوص قانونية، بعد ذلك نعرج في عملية النقد والتقييم والذي يظهر جليا في خطة الدراسة حيث عملنا على تقييم أهم الإشكاليات المنبثقة من ركن الشكلية في العقود، وفي النهاية نخلص إلى تحصيل جملة للنتائج، ومن ثم حل الإشكالية، حيث كانت لنا دراسة في قواعد القانون المدني الفرنسي وملامح تطوره لركن الشكلية التقليدية إلى الشكلية الالكترونية من خلال تعديلات عديدة طرأت على القانون المدني، فالتمسنا حركة التشريع الفرنسي المستمرة في مواكبة

التطورات التكنولوجية والرقمية، وبعد تحصيلنا لهذه المعلومات توجهنا بالدراسة إلى التشريع الجزائري وذلك بالبحث عن قوانين منظمة لركن الشكلية في العقود مثلما فعلت التشريعات المقارنة، فكانت الانطلاقة من العام إلى الخاص، وذلك بالبحث في قواعد الشريعة العامة إلى البحث في القوانين الخاصة والمتمثلة في قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، وقانون التجارة الالكترونية، من خلال هذه العمليات الاستدلالية خلصنا إلى الجواب عن الإشكالية المطروحة.

-**المنهج المقارن:** يبرز عند المقارنة بين النصوص القانونية لكل من التشريعين الجزائري والفرنسي، وتحديد مواطن التشابه والاختلاف في كيفية تنظيم موضوع الشكلية في العقود، بغية معرفة تطور كل تشريع في معالجته للموضوع، خاصة العقود الالكترونية التي تكون الشكلية فيها مختلفة عما هو منصوص عليه في القواعد العامة، فهنا نكتشف من خلال المقارنة التشريع السباق نحو وضع الاطار القانوني الشامل لضبط ركن الشكلية في العقود الالكترونية بجميع جزئياته، نذكر منها الكتابة الرسمية الالكترونية، التقنيات الحديثة في إجراءات التوثيق الالكتروني، صحة العقود الرسمية في ابرام العقود العقارية، كل هذا نستشفه من خلال المقارنة بين التشريعين.

خطة الدراسة:

وبعد التقسيم العام لأجزاء الموضوع إلى بابين قسمنا كل باب تقسيما ثنائيا إلى فصلين، ونوضح ذلك وفقا للخطة التالية:

الباب الأول: الشكلية في العقود التقليدية

الفصل الأول: ماهية الشكلية في العقود التقليدية

الفصل الثاني: توجه المشرع لاعتماد الكتابة الرسمية في العقود التقليدية

الباب الثاني: الشكلية في العقود الإلكترونية

الفصل الأول: ضرورات الشكلية في ضمان صحة العقود الإلكترونية.

الفصل الثاني :إستراتيجية المشرع الجزائري في تفعيل الشكلية في العقود الإلكترونية.

الباب الأول:

الشكلية في العقود التقليدية

الباب الأول: الشكلية في العقود التقليدية

يعتبر المصدر الأساسي للالتزام في القانون الروماني هو العقد، الذي لاقى اهتمام كبير من قبل الباحثين والقانونيين، حيث أن البحث في مفهوم العقد يعد من المسائل الجوهرية للرومان، كونه انطلق من القانون الروماني الذي عرف تدخل للقانون الكنسي في تغيير بعض المفاهيم بما يناسب والأعراف والمبادئ الدينية لهم، إلى القانون الفرنسي ثم القوانين المعاصرة، ورغم اهتمام الفقهاء الرومان بالعقد إلا أنهم لم يعرفوه، حيث ورد مصطلح العقد في نهاية القرن الأول، ومع ذلك لم يصل إلى فكرة تطابق الارادتين إلا في عصر جايوس خلال القرن الثاني، وكان له مصدران في القانون الروماني هما الإرادة واختلال التوازن المالي بين الذمم[1]

حيث كانت الإرادة المصدر الغالب في العقود الشكلية، ذلك أن القانون الروماني استغرق وقتا طويلا لمعرفة أن الإرادة لم تكن كافية لإحداث أي أثر قانوني؛ إلا إذا تم صياغتها وفق أشكال محددة قانونا، كان اختلال التوازن المالي هو مصدر العقود الرضائية والعقود العينية، وهذا راجع إلى أن تحقيق الزيادة في ذمة مالية على أخرى فأنه يخلق ميل نحو إعادة التوازن، وهذا الأخير لا يتحقق إلا إذا فرضنا على المتسلم للشيء أن يرده للمسلم نفسه أو ما يعادله؛ بغية إعادة التوازن المالي بين الذمم[2]

لهذا بدأت العقود في القدم شكلية؛ ثم تطورت إلى أن صارت أكثرها رضائية، والقليل هو الشكلي منها، إذ أن الشكلية القديمة كانت وحدها كفيلة بتكوين العقد، لذا لا يمكن للمتعاقد طلب إبطال العقد لعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الغبن والإكراه أو الاستغلال، كون العقد يستمد صحته من استيفائه للمقتضيات الشكلية المقررة قانوناً لا من إرادة المتعاقدين، أما الشكلية الحديثة تتميز عن الشكلية القديمة بأنها أكثر

---

[1] فايز محمد حسين محمد، الوديعة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مصر، 2002، ص 10.

[2] نفس المرجع، ص 10.

مرونة ولا تكفي وحدها لقيام العقد، فهي وإن كانت لازمة كركن، إلا أنها ليست كافية لقيام العقد، حيث لا بد من اقترانها بإرادة المتعاقدين[1]

كما أن انتشار عقود الرضائية التي تعكس حرية المتعاقدين في كيفية إبرامها لم يدم طويلا، بدأت بالتراجع لأسباب عدة، منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصالح العامة، بالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير؛ كونها تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل تقديره للأمور حق قدرها، كما قد يغفل عن مسائل مهمة ولا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد الذي معه، كذلك تسهل الرضائية تضليل المتعاقد ما ينجر عنه الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد، وحتى بالنسبة لوجوده أحيانا[2].

تنطوي العقود الرضائية على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الشخص حر و له الحرية المطلقة في التعاقد، وأن الإرادة هي المناط الأساسي لتكوين العقد وإخراجه من حيز التفكير والعالم الافتراضي إلى تجسيده على أرض الواقع، هذا المبدأ ظل جامدا مما دعت الضرورة إلى إضفاء بعض التخفيف عليه، ولعل أكبر دليل على التراجع النسبي لهذا المبدأ هو اتساع نطاق الشكلية في العقود؛ مما يؤكد وبكل وضوح على انتكاسة المبدأ وتراجعه، كذلك يظهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة من خلال تزايد تدخل القاضي في العقد والتعديل فيه وإعادة التوازن للعلاقة العقدية مما يشكل حلقة قيدت مبدأ سلطان الإرادة وقلصت من بسط نفوذه، ولم يقتصر ظهور قصور هذا المبدأ في هذا السياق، وإنما يظهر جليا في تقزيم مبدأ سلطان الإرادة أمام سمو فكرة النظام العام، كما يظهر اضطراب هذا المبدأ من خلال تدخل الدولة في توجيه العقود[3]

[1]محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص59

[2]علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 231.

[3]بن لعلى عبد النور، جربوعة منيرة، "التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد: تجديد للعقد أم تخفيف من حدة القواعد الكلاسيكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 05، 2021، ص 211.

بالتالي القانون يتقدم ويتطور مع كل تغيير يمس العلاقات بين الأفراد[1] فالعقود هي محور العديد من أنشطتنا اليومية كونها توفر الوسائل للأفراد والشركات لعمليات البيع والشراء، حيث يعتمد شراء المنقولات أو العقارات على عقود البيع، وكذلك تعيين الموظفين على عقود الخدمة، أيضا الانتفاع من الأماكن والمحلات المؤجرة بموجب عقود الإيجار؛ أيضا التصرفات الواردة على السلع والخدمات عبر الإنترنت على العقود الإلكترونية القائمة لا نهاية لها، إذن كل هذه العمليات تحقق أثارها إلا إذا ضبطت في إطار عقدي يضمن تنفيذ تلك العمليات، حيث بدونه تصبح المعاملات المدنية والتجارية مجمعة[2].

عرفت الإرادة من ناحية كفاية دورها في إنشاء العقود، حيث كانت في ظل القانون الروماني ضيقة النطاق في أن تشمل كل العقود، هذا راجع للوضع المسيطر في ذلك الوقت للشكلية التي اكتسحت مجال ابرام العقود من خلال إلزام الأطراف بالتقيد بالشكل المفروض من قبل القانون الروماني بغية تحصيل التزامات مضمون العقد الذي لا يمكن أن يرتب أثاره القانونية إلا باستيفاء الشكلية، ثم تطورت الأوضاع وانتصرت الإرادة في أربعة عقود هي البيع والاجارة والشركة والوكالة، ومع ذلك لا يزال القانون الروماني لا يعترف بمبدأ الرضائية في العقود كأصل عام، بل بقيت الشكليات بالرغم من تخفيفها هي التي تنشئ العقد، وفي نهاية القرن الثاني عشر الميلادي أخذت الشكليات اتجاه التناقص الذي قابله انطلاقة بروز دور الإرادة في تكوين العقود[3]

في خضم هذه التطورات تأثر القانون الفرنسي في البداية بشكلية القانون الروماني، وكذلك بشكلية القانون الألماني وقت الغزو الفندالي في القرن الخامس للميلاد، إلا أنه مع بداية القرن الثالث عشر بدأت

---

[1] PAUL RICHARDS, Law of Contract, tenth edition published, the British Library, 2011, P17.
[2] Kathleen Mercer Reed, Henry R Cheeseman, John J. Schlageter, Contract Law for Paralegals TRADITIONAL AND E-CONTRACTS, Second Edition, Pearson Education, the United States of America, 2013, p4.
[3]عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 32.

أسس الشكلية تسقط تحت ضغط القانون الكنسي والقراءات الجديدة للقانون الروماني خاصة تحت تأثير المذاهب الفلسفية والاقتصادية، ومع بداية القرن التاسع عشر لاقت نظرية سلطان الإرادة القبول الحسن في معظم بلاد العالم، وأصبحت بذلك الرضائية هي المبدأ في قيام العقود في حين صارت الشكلية الاستثناء من هذا المبدأ[1]

فتمسك القانون الروماني بوحدة ركن الشكلية في ابرام العقود راجع إلى ضمان هذه الأخيرة لتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقود، حيث لا مجال للتماطل أو الاخلال بالتزامات التصرف القانوني؛ إلا إذا أبرم وفقا للنموذج الشكلي المعد سلفا والمعروفة مقدما الآثار التي تترتب عليه، فمبدأ الشكلية كان يقضي بأن الإرادة لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني ما لم تفرغ في القالب الذي حدده القانون[2]

بناء على ما سبق، ارتأينا تقسيم الباب الأول من هذا البحث إلى فصلين، حيث سنخصص الفصل الأول لدراسة للإطار المفاهيمي والتنظيمي للشكلية في العقود التقليدية، خاصة عند التعرف على صورها والبحث في دوافع المشرع بتبني الشكلية في أهم العقود المدنية والتجارية، والجزاءات المترتبة على تخلفها في العقود سواء كانت شكلية انعقاد أو إثبات، أما بالنسبة للفصل الثاني فكانت الدراسة منصبة على شكلية انعقاد العقود المنصبة على العقار، و كذلك شكلية تكوين الشركة التجارية، باعتبارهما من أهم العقود قيمة في أرض الواقع، دون أن ننسى الشكلية كركن في الإثبات ومدى علاقتها بالشكلية كركن انعقاد، وكيف كان تطور هذه الشكلية في التشريع الجزائري، وذلك وفق الخطة التالية :

الفصل الأول: ماهية الشكلية في العقود التقليدية

الفصل الثاني: توجه المشرع لاعتماد الكتابة الرسمية في العقود التقليدية

---

[1] علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 126.

[2] فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص 11.

الفصل الأول: ماهية الشكلية في العقود التقليدية

تأخذ الشكلية صور عديدة على حسب الجهة المختصة في تحريرها؛ فقد تكون هذه الشكلية عبارة عن أوراق توثيقية محررة من قبل موثق، قد تكون أوراق إدارية محررة من قبل هيئة إدارية مثل وثائق الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الإدارية، قد تكون أيضا الشكلية عبارة عن أوراق خاصة تحرر من قبل أشخاص لا يمثلون الإدارة العمومية ولكن يحررون وثائق رسمية كما هو الحال بالنسبة للوثائق والمحاضر المحررة من طرف المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني، وإما أوراق قضائية محررة من قبل الجهات القضائية على مختلف أنواعها في صورة أحكام وقرارات وأوامر قضائية[1]

وأمام كل هذه الشكليات، فإن العقد الشكلي لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب بالإضافة إلى التراضي إفراغه في شكل محدد قانونا، والشكل الذي يشترطه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحدا، فهو يتدرج ما بين الورقة الرسمية والكتابة العرفية، ففي بعض العقود يستلزم القانون الرسمية لانعقادها، فالقانون هو الذي يحدد العقود الشكلية والشكل المتطلب في كل عقد ولا يمكن على ما يقرره منها، وهذا كون العقود الشكلية استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، إذا استلزم القانون شكلا معينا في التصرف فإن هذا التصرف لا يتعقد إلا باستيفاء هذا الشكل، فيكون الشكل شرط انعقاد للتصرف وكذلك الحال إذا

[1]مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 30-31.

اشترط المتعاقدان في تصرفهما رغم كونه رضائيا ألا ينعقد إلا باستيفاء شكل معين[1]، لهذا فالقانون لا يجبر الأفراد على التعاقد، فليس هناك إلزام على الفرد بأن يقيم علاقات تعاقدية مع أقرانه[2]

وعليه إن كان الأصل في العقود الرضائية أنه يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين، إلا إذا أوجب القانون والمتعاقدين شكلا معينا، فهذا الشكل يكون ركنا في العقد ويستوجب مراعاته عندما يعبر بصورة واضحة ومحدودة عن محتوى العقد، وكذلك تتسم الشكلية بدورها الوقائي بالنسبة للأطراف، كونها تخول للمتعاقدين دليل كتابي يمكنهم الرجوع إليه في حالة وقوع نزاع بينهم بغية إثبات حقوقهم، كما تساعد الشكلية السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتها على العلاقات الاقتصادية والاجتماعية التي تربط بينهم خاصة، فالشكلية الحديثة هي وسيلة تحقق الأمن القانوني والاستقرار المدني، لأنها تعطي تحديدا للإرادة الواسعة والمتحركة[3]، كذلك تستدعي المصلحة العامة بدورها شكلية في العقود، مما يجعلها تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد؛ فالدولة تقوم بتسيير وتوجيه المنظومتين الاقتصادية والاجتماعية، مما يجب أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص وحتى المواطنون ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد، فهناك عمليات تحظى بتشجيع الدولة بشتى الوسائل، وأخرى تمنعها منعا باتا لتعارضها مع الاتجاهات العامة للسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية[4]

---

[1]محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 13.

[2]جابر محجوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون المصري، (المصادر الارادية وغير الارادية)، الطبعة الأولى، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2022، ص34.

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 46.

[4]علي فيلالي، المرجع السابق، ص231.

تعد الشكليات من أهم سمات القانون المدني المعاصر، وأمام تقلص مبدأ سلطان الإرادة تحولت جل العقود إلى عقود شكلية يلزم لانعقادها، إضافة إلى ركن التراضي إتباع شكل خاص محدود يتصل بالتعبير عن الإرادة بحكم القانون أو باتفاق الطرفين[1].

كذلك تعد الشكلية كأداة لتحصيل إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل، كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالدين، لقد كانت هذه الانشغالات الجديدة وراء تراجع الرضائية وظهور صور جديدة ومتنوعة للشكلية، قد يقتضي الهدف المراد تحقيقه إفراغ العقد في شكل معين، هذه هي الشكلية المباشرة، كما قد يكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية وهذه هي الشكلية غير المباشرة[2] .

وتبعا لما سبق، سنتطرق في هذا الفصل إلى الإحاطة النظرية والقانونية بموضوع الشكلية، حيث نخصص المبحث الأول مفهوم الشكلية في العقود التقليدية، أما المبحث الثاني تثمين الشكلية في العقود التقليدية.

---

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 19.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص232

المبحث الأول: مفهوم الشكلية في العقود التقليدية

إن الشكلية في الأساس تقسم إلى نوعين لا غير، وهما الشكلية الاتفاقية والشكلية القانونية؛ فالأولى ترجع إلى اتفاق المتعاقدان على أن ابرام العقد الرضائي المبني على إرادة حرة في شكل معين أو جعله مرتبطا بإجراء معين؛ فعندئذ يصبح العقد الرضائي عقد شكلي، كما لو اتفقا على إن الاتفاق المبرم بينهما لا يكون نهائيا وملزما إلا من وقت تصديقه من قبل شخص مختص قانونيا، وعليه تعد بعد ذلك ركنا في العقد، فلا ينشأ العقد ما لم يتم تصديق تلك الكتابة، ويرجع تصحيح الاتفاق على الشكلية في هذه الحالة إلى أن رضائية العقود ليست من النظام العام، ومن ثم لا يوجد هنالك ما يمنع من الاتفاق على أن يبرم العقد الرضائي في شكل معين حدده المتعاقدان[1]، لا لمجرد الحصول على دليل إثبات إنما الشكلية المشترطة لانعقاد العقد، أي تعليق انعقاد العقد على شرط استيفاء الشكلية المطلوبة، حيث يرى جانب من الفقه بأن "الشكل المطلوب شرطاً للانعقاد يماثل في تكييفه القانوني الشكل المفروض من قبل المشرع" [2]، والثانية هي الشكلية القانونية، والتي يشترطها القانون كالشكلية في عقد بيع العقار أو عقد الوعد بالبيع العقاري[3]

إذن قد تكون الشكلية ركنا من أركان العقد بنص القانون وهو ما يسمى بالشكلية القانونية، وقد تكون مقررة فيه بموجب الاتفاق أي شكلية بإرادة الطرفين وهي ما تسمى بالشكلية الاتفاقية، فالشكلية القانونية هي التي يفرضها المشرع، فمصدرها في هذه الحالة هو نص القانون وانعدامها يحدث البطلان المطلق في كل بنود العقد، حيث تتجلى في الشكلية القانونية لإبرام العقود مظاهر تدخل الدولة في تنظيم وضبط العلاقات

---

[1] فراس بحر محمود، "مجلس العقود الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 17، 2015، ص 201.

[2] خالد أبو طه، أحمد حسنية، "الشكلية في العقود التجارية – دراسة تحليلية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، أفريل 2020، ص 115

[3] فراس بحر محمود، المرجع السابق، 201.

العقدية، وحتى العقود التجارية وليست كلها، من المفترض أن تخضع لمبدأ الحرية أصبحت موجهة ومقننة وتخضع للشكلية، وهو ما يتنافى بحد ذاته مع سياسة الاقتصاد الحر واقتصاد السوق[1].

وعليه الشكلية المتعلقة بالعقود الرضائية التي يتفق أطرافها على اصباغها في القالب الرسمي، ومصدر هذه الشكلية هو إرادة أطراف العقد واتفاق الأطراف يعد بمثابة قانون مع أنه لا يوجد نص في القانون الجزائري يقضي صراحة بذلك، إلا أن القانون المقارن يقر بالنص على صحة شرط الشكلية في العقود ويعتبرها من الشروط التي لا يمكن أن تتعارض مع القانون ولا مع النظام العام، ومثال ذلك عقد النشر كونه من العقود الرضائية في الأصل، وعلى الأغلب إن كانت مكتوبة فتكون في طابع عرفي ولكن يجوز إبرامها في قالب رسمي أمام الموثق باتفاق الأطراف، فالاستثناء هو الشكلية حيث يصح تحويل مثل هذه العقود بقوة الاتفاق إلى عقود شكلية، إلا أنه لا يمكن تحويل عقد شكلي وتجريده من القالب أو الطابع الشكلي بقوة القانون إلى عقد رضائي[2]

وعليه العقد الشكلي هو الذي لا يكفي التراضي لانعقاده؛ إذ لا بد من توفر الشكلية المنصوص عليها قانونا لانعقاد العقد، كما تستهدف الشكلية حماية أطراف العقد من خلال تبصيرهم بأهمية العقد المراد إبرامه وخطورته[3]، الشكلية لا تغني عن الإرادة ولا تنفي عن العقد صفة الرضائية، بل الهدف المرجو منها هو صب هذا التراضي بعد استيفائه في الشكل المكتوب؛ لذلك توافر الشكلية لا يحول دون الطعن في العقد بالبطلان إذا كانت الإرادة منعدمة أو معيبة[4].

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 28.

[2]نفس المرجع، ص 31-32.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 56.

[4]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص318.

يمكن القول أن مختلف قوانين الشريعة العامة اعتبرت الشكلية كنقيض للرضائية؛ كونها ترسم الإطار المحدود لإرادة المتعاقدين، فلا تستطيع إنتاج آثارها خارجه[1].

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول تعريف الشكلية في العقود التقليدية، المطلب الثاني أنواع الشكلية في العقود التقليدية.

المطلب الأول: تعريف الشكلية في العقود التقليدية

في إطار البحث عن مفهوم العقد نجد الأستاذ "سافاتيه" عند بحثه فيما يخص انفجار المفهوم التقليدي للعقد، ضمن التقنين المدني لقانون نابليون، فقد كان العقد اتفاقا حرا بين ارادتين مستقلتين وكان أهم ما يميز العقد في ظل هذا القانون أنه كان عقدا فرديا، بمعنى أنه كان ينظم علاقة ما بين فردين أو أكثر لا تتعدى آثاره عاقديه، ولم يكن لهذا العقد أي دور في الحياة الاقتصادية العامة وكانت الحرية العقدية تشكل في ذلك القانون ركيزة أساسية للعقد ودونها لا يمكن القول بوجود العقد، وفي ظلها تمنح الأفراد بأوفر قدر من الصلاحية في إنشاء العقد وترتيب آثاره"[2]

لا شك أن العقود تغيرت في ظل المستجدات القانونية القائمة، حيث أنها لم تعد بالطريقة التي كانت عليها من قبل، من ناحية انعقادها الفوري من خلال توافق بين الايجاب والقبول بما يضفي عليها صفة الرضائية، بل أن مقتضيات المصلحة العامة والحاجة الى حماية الائتمان في العقود أدى الى ضرورة ايجاد نمط آخر من العقود يتسم بخصوصية معينة ألا وهي الشكلية خاصة إذا تعلقت هذه الشكلية بنوعها الرسمي

[1] الزهرة رزايقية، عصام نجاح، "الشكلية في عقود الاستهلاك"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 96.

[2] زرارقي سمية، عيادي فريدة، "العقد بين الأزمة ومقتضيات التطور"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص 801.

ما يضمن حماية أكثر لحقوق المتعاقدين، حيث يرى المشرع بالحاجة إليها في إبرام العقود على مختلف أنواعها[1].

فالشكل هو تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المنظم بصورة إلزامية، ويكون أساساً في العقد أو هو الصورة الخاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المنظم، أو هو التصرف الذي يتعين أن تظهر به الإرادة بصورة معينة أو هو الذي يجازي غيابه انعدام الأثر القانوني للتصرف[2]

الفرع الأول: تعريف الشكلية من المنظور الفقهي

دائما ما نلجأ إلى البحث عن مفاهيم المصطلحات القانونية عند فقهاء القانون، حيث في هذا الصدد يرى الفقيه الألماني اهرينج أن "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه، خاصة إذا تمثلت في الكتابة الرسمية؛ حيث يلزم الموثق بتوجيه المتعاقد حتى يصبح على بينة من أمره، كما تعزز الكتابة على الائتمان؛ إذ تجنب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان مضمون العقد من قبل المتعاقد الأخر، أما بالنسبة للغير فإنه يجهل تماما التصرفات القانونية الشفهية، مما قد يتضرر من ذلك، وعليه يمكن القول بقوة الشكلية القطعية في الانعقاد والاثبات.[3]

يختلف الفقهاء كثيرا في تعريف الشكلية وهذا بالنظر إلى الصور التي تنطوي عليها، يقول الفقيه جيني بخصوص الشكلية من منظور التصرف القانوني أن: "التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما" ويرى الفقيه روبي أن "الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات"،

---

[1]فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص197

[2]بالطيب محمد البشير، "الطبيعة القانونية للشركة: رؤية حديثة، الطبيعة القانونية للمجتمع: رؤية جديدة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد12، العدد 2, 2020، ص1401.

[3]علي فيلالي، المرجع السابق، ص231.

كذلك يقول الفقيه بونكار أن الشكلية، "ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية، وتلك التي تخضع الشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيرا عن الإرادة"[1].

الفرع الثاني: تعريف الشكلية من المنظور القانوني

إن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف الشكلية في القانون المدني، وإنما نص عليها من باب الحديث عن الاثبات كون الكتابة هي الوسيلة الأولى في الاثبات، حيث تطرق إلى تبيان المقصود من العقد الرسمي بأنه "العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"[2]

إلا أنه تصدى لتعريف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما" وقد سلك القانون المدني الجزائري مسار القانون المدني الفرنسي في تعريف العقد وهي ترجمة حرفية لنص المادة 1101 من المجلة المدنية الفرنسية، حيث جمع هذا التعريف بين العقد والالتزام[3]

أما بالنسبة للمادة 324 وبالرغم من قصرها في الإحاطة بمفهوم الشكلية، إلا أنها تعج بالمفاهيم القانونية والشروط التي على أساسها يكون العقد رسمي كصفة محرر العقد، عقد محرر وفق الشكل القانوني، عقد إشهادي أو تصريحي، وتضيف المادة 324 مكرر 3 بقولها: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 28

[2]أنظر المادة 324 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988، جريدة رسمية 18، ص 749.

[3]علي كحلون، المرجع السابق، ص 104.

البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين"، وبذلك يكون هناك عنصر رابع هو العقود الاحتفائية والعقود الرسمية الأخرى[1]

من بين التصرفات التي يستوجب القانون استيفاءها على الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 ق. م مكرر 1: "... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ..."، وتقضي كذلك المادة 883 من القانون المدني: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي"، وعليه فالإغفال الكلي لهذه الشكلية باعتبارها ركنا في العقد تمنع قيامه بل يصبح منعدم الوجود قانونا العقد، على عكس إغفال بعض الأشكال والشروط التي تفقد العقد صيغته الرسمية وهذا بنص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"[2]

المطلب الثاني: أنواع الشكلية في العقود التقليدية

تعد الشكلية من عمل المشرع الذي من خلالها إلى تحقيق أهداف محددة، وهو الذي يرتب جزاء المترتب على تخلفه، حيث يتفاوت القانون في فرض القيود الشكلية على الإرادة ذلك حسب المصلحة المتوخاة منه، فقد يفرضها لانعقاد العقد كونها "ركن من أركان العقد"، كما في الكتابة الرسمية التي تقتضي تدخل موظف مختص، والعرفية التي تشترط كتابة وتوقيع العقد، أيضا قد يلزم القانون القبض وهو التسليم

---

[1] الصالح بوغرارة، "الشكلية في التصرفات القانونية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 01، 2015، ص 96.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 238.

في العقود العينية، كما قد يفرض المشرع إجراءات شكلية لازمة لتنفيذ العقد والتي لا تؤثر أبدا في صحة نشأة العقد، كما قد تفرض أوضاع وأشكال بغية صحة الاثبات ودون المساس بصحة العقد[1]

الفرع الأول: الكتابة

إن الكتابة في الأساس هي وثيقة أو مستند أو ورقة يثبت بموجبها أحد الخصوم وجود حق أو واقعة أو مجموعة وقائع معينة، سواء كان مصدر هذا الحق هو واقعة مادية أو كان تصرفا قانونيا أو كان مصدره القانون نفسه.

إن الكتابة في قواعد الإثبات تعرف على أنها وسيلة أو أداة يستعملها الشخص أو الخصم أمام القضاء لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية كمصدر للحق المدعى به، وتحتل الكتابة في العصر الحديث الصدارة عن باقي أدلة الإثبات فهي أهمها وأكثرها استعمالا وأقواها حجية، خاصة إذا كانت هذه الكتابة رسمية هذا بعد أن كانت البينة "شهادة الشهود" تحتل هذا المقام في الماضي، كما ساعد على تقدم الكتابة تعدد وسائلها خاصة بعد اختراع آلة الطباعة، وكذا لجوء الناس إليها بالنظر لما توفره من ضمانات الأطراف وللغير أيضا، فالكتابة تعكس الصورة الحقيقية للحق القائم بين الأطراف[2]

المشرع دائما ما يأخذ بخطورة التي من الممكن أن تمس بمصلحة المتعاقد في بعض التصرفات، وأن التعبير قد يأتي غير مطابق للإرادة الحقيقية، لذلك المشرع دائما ما يحتاط في ابرام التصرفات القانونية، حيث يتصدى لذلك من خلال اشترط لضرورة إنشائها توافر ركن الشكلية سواء إذا كانت في صورتها بالكتابة أو في صورتها كفعل، فمثلا ضرورة الكتابة الرسمية تستوجب تدخل الموظف المختص الذي يقوم بدور المراقب على إبرام التصرف، وأيضا ضمان مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية، وينطبق هذا على الكتابة

---

[1]أكو فاتح حمه رهش، الشكلية في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، العراق، 2016، ص 80-81.
[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 20.

العرفية، إذ من شأن وجوب إفراغ التصرف في شكل مكتوب أن يضمن سعي أطراف العقد إلى الالتزام الذي تتضمنه الكتابة بالإضافة إلى معرفتهم التامة به[1]

أولا: الكتابة الرسمية

جرت عادة الرومان على توثيق تصرفاتهم عن طريق افراغها في وثيقة محررة بالكتابة الرسمية وهي الكتابة المسمارية في ذلك الوقت، حيث ظهرت للمرة الأولى في مدينة سومر، وعندما ظهرت اللغة الأرامية أبح الرومان يعملون على التوثيق بها على الورق وأوراق البردي، واعتبرت الكتابة الرسمية شرطا لصحة التصرفات العقدية التي اعتبروها حجة في ابرام عقودهم[2]

إن القاعدة العامة هي خضوع مختلف التصرفات والعقود لإرادة المتعاقدين، طبقا للقاعدة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث يجوز لهم نسخ اتفاقاتهم في أي قالب تطبيقا لحرية المعاملات، ويعتبر اتفاقهم هو المصدر الوحيد الذي يرجع إليه في حالة نشوب نزاع، لكن لم تعد هذه القاعدة لوحدها كافية لاستقرار المعاملات، مما حتم إفراغ بعض المعاملات بما فيها العقارية في الشكل الرسمي، فالرسمية هي طائفة من طوائف الشكلية، والتي أصبحت تشكل الاستثناء عن مبدأ الرضائية، ويقصد بقاعدة الرسمية إفراغ كل تصرف قانوني في شكل من طرف أشخاص مختصين، أقر لهم القانون هذه الصفة فقد يستلزم القانون إبرام بعض التصرفات القانونية في الشكل الرسمي، أي أمام موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وفقا لشكليات وأوضاع حددها القانون لتحقيق مزايا عدة، بحيث يبعث الثقة لدى الأفراد ويقوي الائتمان، من ثم يوفر الاستقرار في المعاملات ويحقق الأمن القانوني، فهي مهام تعجز عن تحقيقها

---

[1] أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 86.

[2] أحمد خليفة شرقاوي، المرجع السابق، ص77-78.

الرضائية أو الشكل العرفي، لذا نجد معظم التصرفات الخطيرة أو الهامة أو طويلة الأمد قد فرض المشرع إفراغها في الشكل الرسمي، والذي يخضع لضوابط وإجراءات وجب إتباعها[1]

وتجدر الإشارة إلى أن العقود الرسمية تقسم إلى أربعة أنواع متمثلة في العقود التوثيقية؛ العقود الإدارية؛ العقود القضائية؛ والعقود التشريعية، وهذا الأخير من العقود المتعلقة عادة بالشركات الدولية، مثل العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات البترول والغاز والعقود المشابهة لها، والتي تخضع للمصادقة عليها بقانون، وهي على أية حال تخص الاتفاقيات والعقود الدولية، وقليل ما تحدث منازعات بشأنها، وإن حدثت فتسوى عن طريق التحكيم الدولي أو في إطار التعاون الثنائي بين الدول والحكومات، إلا ما تعلق منها بالمسائل التجارية، وتدخل في نطاق القانون الدولي العام [2]

إن المقصود بالمحررات الموثقة هي تلك التي يحررها الموثقين المختصين في مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقاري وفقاً للشكل الذي رسمه القانون، وتكون واجبة التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية عليها، أو تلك التي يحررها قناصل الدولة في الخارج، ويجري التنفيذ بمقتضاها داخل الدولة[3]، فالمحررات التوثيقية تعد طائفة من الأوراق الرسمية تحرر من قبل شخص مؤهل يتوافر فيها الاختصاص والصفة القانونية لتحريرها وفقا للشروط التي حددها القانون المدني وقانون التوثيق، وهذا الشخص المؤهل قانونا لتولي مهمة تحرير هذه السندات يسمى بالموثق وهو ضابط عمومي خوله المشرع القيام بمهمة إصباغ القالب الرسمي للعقود الخاصة بغض النظر عن أطرافها وهو أشبه بقاضي ودي "قاضي تحرير" مخول قانونا بتقديم خدمة

---

[1] ديش تورية، "دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية، دراسة مقارنة"، مجلة العلوم وآفاق المعارف، جامعة عمار ثليجي بالأغواط الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2022، ص494.

[2] عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص57.

[3] أحمد خليفة شرقاوي، القوة التنفيذية للمحررات الموثقة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص33.

عامة هي تحرير العقود الرسمية، والموثق حين قيامه بهذه المهمة يراعي مجموعة من الشروط القانونية والشكليات التنظيمية المتطلبة لصحة العقود التوثيقية مع ضرورة استعمال أساليب واضحة وسهلة حتى تكون محرراته بمنأى عن دعاوى البطلان أو التزوير أو التصحيح أو التفسير [1]

أما العقود الرسمية هي التي يطلق عليها أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، وهذا النوع من العقود نصت عليه المادة 324 من القانون المدني الجزائري، بأن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[2]

ومعنى صدور المحرر من الموظف العام هو أن ينسب إليه المحرر، ولا يستلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف، ويقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، كل من تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها[3]

يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل موظف، أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة.

1.الموظف:

ينص الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته[4]،

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 99.

[2]عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 57.

[3]فودة عبد الحكيم، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص5.

[4]المادة الرابعة من الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ونص كذلك المرسوم التنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 22 شوال عام 1432 الموافق 20 سبتمبر سنة 2011، المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي إدارة الجماعات الإقليمية على أنه يكون الموظفون الذين ينتمون إلى أسلاك إدارة الجماعات الإقليمية في الخدمة لدى البلديات والولايات وكذا المؤسسات العمومية التابعة لهما[1] ، إذن الموظف هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، وتكون وضعيته بالنسبة للمؤسسة أو الإدارة قانونية وليست عقدية.

2. الضابط العمومي

إن الضابط العمومي يقصد به ذلك الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، والموثق، وكتاب الضبط لدى المحاكم...إلخ[2]

كما يعرف الموثق طبقا لنص المادة 03 من القانون رقم 02/06 المتضمن مهنة التوثيق الجزائري على أنه:" الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العامة، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة"، ولابد أن تكون للموثق سلطة في تحرير العقود أي يكون في ممارسة قانونية لوظيفته، بأن لا يكون قد عزل أو أوقف عن عمله أو حل محله آخر أو أحيل على التقاعد، كما لا يصح العقد التوثيقي الرسمي إذا كان خارج دائرة الاختصاص الإقليمي للموثق، فلابد أن يكون الموثق مختصا شخصيا وإقليميا وموضوعيا وزمنيا بتحرير العقد الرسمي كما يلي:

---

[1] المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 22 شوال عام 1432 الموافق 20 سبتمبر سنة 2011.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 235.

الاختصاص الشخصي للموثق: والذي يعني ولاية الموثق في إفراغ العقد في الشكل الرسمي التوثيقي، بحيث تكون هذه الولاية قائمة وقت تحريره للعقد، مع انعدام حالات المنع أو التنافي المحددة قانونا، يراعى في ذلك شرط العلم الذي يجب أن يكون متوفرا في الموثق، فإن كان الموثق غير عالم بقرار العزل أو التوقيف أو انتهاء الولاية لأحد أسبابه المنصوص عليها قانونا، وكان ذوي الشأن هم أيضا حسني النية، فإن الورقة المحررة تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية، إذ تستطيع في هذا الشأن تطبيق نظرية الموظف الفعلي المقررة في القانون الإداري في هذا المجال[1].

3. الشخص المكلف بالخدمة العامة

يشمل الشخص المكلف بالخدمة العامة الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية، كالمحضرين، والمحامين ...إلخ، كما تتولى السلطة العمومية تعيينهم، إلا أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن أي من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهن وذلك بتحديد المهام، وشروط ممارسة المهنة والرقابة، والمحاسبة، والتأديب[2].

*إن العقد المحرر من قبل شخص مختص قانونا يخلف فوارق جوهرية بين الورقة التوثيقية الرسمية والورقة العرفية، في كون الأولى هي التي يحررها الموظف العمومي المختص، وكذا الموثق بصفته ضابط عمومي الذي يتمتع بسلطة منح الصبغة الرسمية للعقود التي يحررها، وعليه الكتابة الرسمية لازمة لانعقاد العقد أصلا، فهي تعكس اختصاص الموثق على العقد[3]

---

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص493.

[2]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 235-236.

[3]بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، (وفق أخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص 317

كما حددت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني العقود الواجب تحريرها بكتابة رسمية تحت طائلة البطلان: «... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ...». وتقضي كذلك المادة 883 ق م: «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي»، إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، ويعتبر العقد منعدما، بينما إغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته الرسمية طبقا لنص المادة 326 مكرر 2 ق.م التي تنص على أنه: «يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف»[1]

يتمتع الموثق باختصاص وطني واسع فهو يشمل كامل التراب الوطني حسب نص المادة 2 من قانون 06-02 المتعلق بمهنة التوثيق التي تنص على ما يلي: «تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق... ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني»

غير أنه لا يعني ذلك أن ينقل الموثق مكتبه إلى المكان الذي يريده، أو أن يحرر العقود خارج مكتبه أو ينقل مكتبه خارج دائرة اختصاص المحكمة التي تم تعيينه أمامها، إلا بعد تقديم طلب تحويل، وهو الحصول على موافقة وزارة العدل، وإلا كانت العقود المحررة في ظل هذه الأوضاع مخالفة للنظام العام؛ وبالتالي تعتبر باطلة، كذلك مع مراعاة قواعد التسجيل والشهر العقاري المحددة قانونا[2]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 238

[2] ديش تورية، المرجع السابق، ص 493

ثانيا: الكتابة العرفية

نتطرق في هذا العنصر إلى التعريف بالورقة العرفية ومركزها في النص عليها ضمن القانون المدني، وأيضا شروط هذه الورقة ومدى الأخذ بحجيتها في الإثبات.

1-الإطار المفاهيمي:

إن المقصود بالمحررات العرفية هي تلك الأوراق التي يحررها الأفراد سواء كانوا من أطراف العقد أو أخرين، حيث لا يتدخل أبدا في تحريرها موظف رسمي أو شخص ينتمي إلى هيئة إدارية أو موثق، وهذا ما جعل الورقة العرفية تتسم بالطابع غير الرسمي، ولا تتمتع بالضمانات التي تتمتع بها الورقة الرسمية، وتقسم الورقة العرفية إلى نوعين هما؛ ورقة عرفية معدة للإثبات فهي وسيلة إثبات معدة سلفا يكتبها الأفراد بقصد أن تكون أداة إثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها، ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه؛ وورقة عرفية غير معدة للإثبات، لم ينظر عند كتابتها إلى استخدامها في الإثبات، ولكنها تصلح للإثبات كأدلة عارضة، ويغلب ألا تكون موقعة من ذوي الشأن كدفاتر التجار أو الأوراق والدفاتر المنزلية، وقد تكون موقعة منهم، كالرسائل وأصول البرقيات[1]

كذلك تعرف الورقة العرفية بأنها الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية، ثم قننه المشرع وأعطاه تسمية العقد العرفي، ونظمه في نصوص القانون المدني في المادتين 327 و328 منه، كما يعرفها آخرون بأنها الشكل الذي استلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية، وترك مهمة إعداده لأطراف التصرف دون ضرورة تدخل موظف عام لتحريره، أو أنه كل عقد

[1] محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص75-76.

غير رسمي، لم يتدخل في تحريره موظف ما بحكم وظيفته، ويأخذ العقد العرفي عدة صور أهمها العقد الرسمي مختل أحد الشروط، والعقد المعد من قبل الأطراف، إضافة إلى العقد وفق نموذج مهيأ سلفا[1]

إن العقود أو الأوراق العرفية هي التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، وتشترط لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير، ومن ثمة نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه، وحجية العقد بالنسبة للغير، فبالنسبة لأطراف العقد يعتبر العقد صحيحا ويكون حجة عليهم مالم ينكروه صراحة؛ أي ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء، وأن مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية، غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي، لا يؤثر بأي حال، في أوجه الدفوع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها، مثل بطلان العقد لعدم اتباع الرسمية أو الشكلية التي تعد ركنا رابعا من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية، في العديد من التشريعات الدولية، وهو ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني التي تعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، غير أن هذه المادة استثنت ورثة وخلف موقع العقد من الإنكار الصريح، واكتفت بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق[2]

حيث أفصح المشرع الجزائري عن حجية الورقة العرفية فيما بين أطرافه في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت في فقرتها الأولى على: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وقع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه"

---

[1]الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 105-106.

[2]عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 77.

هذا الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرار لها حول إثبات عقد عرفي نتيجة تطابق الإرادتين، وغير منكر ممن وقعه، وهذا في قولها: "من المقرر قانونا أن يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه في غير يستوجب رفضه، ولما كان في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه باقتسامه المنزل الزوجي معها والزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1]

كذلك نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، وعليه العقد الذي يثبت الادعاء فيه بالبطلان يتحول إلى محرر عرفي إذا توافرت فيه الشروط المقررة قانونا لصحة المحرر العرفي، فالتوقيع شرط جوهري في المحرر العرفي، وهذا بقاء حجيته نسبية يعني كدليل معتبر من أدلة الإثبات، أما بالنسبة للمحرر الرسمي الذي يخلو من التوقيع، فكأنه لم يكن ولا حجية له في مجال الإثبات ولا يعد حتى كبداية لثبوت الكتابة، لأن التوقيع هو عنوان الالتزام بمضمون المحرر، كما أن إدانة الموثق بجريمة التزوير في محرر رسمي يترتب عليه تلقائيا بطلان المحرر، ويحق للطرف المتضرر من البطلان أن يتأسس مدنيا لمطالبة الموثق بالتعويضات اللازمة[2]

---

[1]بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، "حجية الكتابة كوسيلة للإثبات"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 11، العدد 01، 2017، ص 384.

[2]بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، "حجية المحررات التوثيقية في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022، ص 413.

2-شروط الورقة العرفية:

أ-الكتابة:

إن الورقة العرفية المعدة للإثبات لابد أن تتضمن شرط الكتابة، والتي تبين الغرض المرجو من كتابة هذه الورقة، أي أن تكون الكتابة مثبتة لواقعة قانونية ما، وهذا شرط بديهي يحتاج إلى بيان ولكن هذه الكتابة لا يشترط فيها شرطا خاصا لا من حيث الصياغة ولا من حيث طريقة الكتابة، فيستوي أن تكون قد كتبت باللغة العربية أو بغيرها، ويستوي في طريقة تحريرها أن تكون كتبت بخط اليد أو بآلة كاتبة أو كانت مطبوعة، ولا عبرة بشخص كاتبها، فقد يكون الدائن أم المدين وقد يكون شخصا أجنبيا عن العقد، ويستوي أن يكون الكاتب أهل للتصرف أو غير أهل للتصرف، ولا يشترط أن يتضمن العقد العرفي مكان أو تاريخ تحريره، إلا إذا اشترط القانون ذلك[1]

ومنه كل عقد اتخذ الشكل العرفي المكتمل الشروط تكون له حجية على مصدره مالم ينكره صراحة، وعلى ورثته مالم يؤدوا اليمين على عدم علمهم بأنه صادر من مورثهم[2]

أما بالنسبة للغير، فلا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا، وهو ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء[3]

---

[1]حشود نسيمة، "حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، 2017، ص 94.

[2]الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 107.

[3]عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص77- 78.

إن الأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة، فيما عدا التاريخ فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا، وقد قصد من هذا الاستثناء إلى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية، ويترتب على ذلك، أن المادة 328 من القانون المدني لا تطبق في الحالات التالية:

– إذا كفلت للغير الحماية بمقتضى نصوص خاصة كالنصوص المتعلقة بالتسجيل والايداع والشهر العقاري.

– إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته مع الواقع .

– إذا كان بشخصه أو بنائبه طرفا في العقد العرفي، لأن ينجر عنه عدم اعتباره من الغير، كما لا يطبق على خلفه بطريق الميراث أو الوصية، ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدينهم في الدعوى غير المباشرة، إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين .

تجدر الإشارة إلى أن تاريخ العقد العرفي أو الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات، ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك، ومؤدى هذا وجوب تقديم الدليل الكتابي، إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة[1]

ب–التوقيع:

في البداية أصر المؤلفون في القواميس على الطابع الرسمي للتوقيع ببساطة عن طريق الكشف عن مكوناته، وبحسب قاموس روبرت فإن "التوقيع هو نقش يصنعه الشخص باسمه (في شكل خاص وثابت)

[1]عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 78.

لتأكيد دقة وصدق الكتابة أو لتحمل المسؤولية عنها"، أما بالنسبة للمفردات القانونية فهي تعرف التوقيع على أنه "علامة بيانية (مكتوبة بخط اليد بشكل عام)، الأحرف الأولى، مخلب، علامة"، بعض التعريفات القديمة تستحق أن تعرض وتقدم، كما يحدد الأخوان دالوز أن التوقيع هو العلامة، واسم شخص مكتوب بخط يده في نهاية التصرف، للتصديق عليه أو تأكيده أو جعله صالحًا[1].

تختلف قواميس القانون في معالجتها لتعريف "التوقيع"، يقدم البعض تعريفًا مشابهًا لذلك الذي يقدمه قاموس أكسفورد الإنجليزي مثل: "إشارة بواسطة علامة أو عموما عن طريق كتابة اسم أو الأحرف الأولى، فهذا الشخص ينوي إلزام نفسه بمحتويات المستند" [2].

يلعب التوقيع دورا جوهريا سواء من ناحية المضمون أو حتى الشكل أو الإثبات، في غالب الحالات تكون الورقة المكتوبة بخط اليد الطريقة المثالية للتعبير عن موافقة المدين، ومع ذلك فإن العديد من الفرضيات تظهر الصعوبات عندما يكون التوقيع غير كامل[3] .

يعد التوقيع الشرط الضروري في الورقة العرفية المعدة للإثبات، كونها لا تكون حجة على من ينتسب إليها إلا إذا كانت تحمل توقيعه حتى ولو لم يكن مكتوبا بخطه، ولهذا لا غرابة أن من الفقهاء من يعتبر التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي، ويقصد بالتوقيع في هذا الصدد هو توقيع صاحب الشأن الذي نسب إليه المحرر قولا أو التزاما، فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانبين وجب أن يوقعه الطرفان، أما إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد كالوديعة مثلا فلا يلزم سوى توقيع الطرف الذي يلتزم أو يقرر، وهنا يجب

---

[1] Naoufel ben Ahmed, la signature en droit prive, première Edition, éditons Larache, Tunis, 2013, p7-8
[2] Stephen Mason, Electronic Signatures in Law,3rd Edition, Cambridge University Press ,United Kingdom, England, 2012, p4.
[3] Delphine Majdanek, la signature et les mentions manuscrites dans les contrats, presses universitaires de bordeaux, paris, 2000, p43.

توقيع المدين المودع لديه، أما المخالصة بالدين فيلزم توقيع الدائن ولا لزوم لتوقيع المدين الذي برئت ذمته بالمخالصة، والتوقيع يشمل على عنصرين مادي ومعنوي[1]

الفرع الثاني: التسليم

التسليم هو فعل ضروري في ابرام العقود العينية، حيث اشتقت هذه الأخيرة من عقد الائتمان، والتي كانت تقوم بنفس الدور الذي كان يقوم به عقد الائتمان، ولكنه تعتبر أكثر تطورا وملاءمة من عقود الائتمان، وهذا بالنظر إلى كون هذه الأخيرة تتسبب في كثير من الأحيان إلى احتمال فقد الشخص لملكيته؛ كون أن المالك لا يملك الوسائل القانونية التي بمقتضاها يستطيع استرداد ملكيته، حيث كان الشرط الأساسي لانعقاد عقد الائتمان هو قيام أحد الأشخاص يصطلح عليه بالناقل بنقل الملكية إلى المتعاقد الأخر يسمى المكتسب، وكان هذا النقل يفقد المالك حقه في استعمال دعوى الاسترداد التي بمقتضاها يحافظ على ملكيته، ولم يكن أمامه إلا استعمال دعوى الائتمان وهي دعوى تعويض، حيث كانت تؤدى إلى الحكم على المكتسب الذي يرفض إعادة نقل الملكية لصاحبها بقيمة الشيء ومن هنا من مثالب التصرف الائتماني، ظهرت الوديعة وعارية الاستعمال والقرض والرهن الحيازي[2]

كما يرجع أصل العقود العينية إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء[3]، ففي نهاية العصر الجمهوري ظهرت في القانون الروماني ثلاثة عقود تبرعية بغية تقديم خدمات مجانية وهذه العقود متمثلة في العارية والوديعة والوكالة، هي من عقود حسن النية، ويعتبر عقد الوكالة هو أول عقد من عقود حسن النية ظهر في روما، فمثلا ترجع الحكمة في نشأة الوديعة كما هو الحال في نشأة الوكالة إلى ظروف خاصة بالمجتمع الروماني، حيث أنه حينما بدأت روما تتحول من المدينة المغلقة إلى المدينة العالمية،

---

[1]حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 94.

[2]فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص18.

[3]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 242

حيث أصبح العديد من الرومان موجودين في خارج روما، سواء كجنود أو كمكلفين ببعض المهام العامة مما حتم استعانتهم بمن يحفظ أموالهم في غيابهم[1]

هذه العقود التي لا تنعقد إلا إذا تم تسليم الشيء، ومصدر التزام المدين بها يرجع إلى واقعة تسليم الشيء محل العقد، ويعتبر عقد القرض هو أقدم العقود العينية، وقد ظهر بعده عقد الائتمان، ثم أنقرض وظهرت العارية والوديعة والرهن، ولم يعتبرهم الرومان في عداد العقود إلا في عصر الإمبراطورية العليا، وتعتبر العقود العينية من تطبيقات فكرة عدم الإثراء على حساب الغير، إلا أنها تفترض بالإضافة إلى تسليم الشيء وجود اتفاق بين المسلم والمستلم، وذلك راجع إلى أن الالتزامات التي تتولد عن استلام شيء أساسها الفكرة التي تقضي بعدم الإثراء على حساب الغير، حيث أن من دخل ذمته شيء أو قيمة مالية دون مقابل يلتزم برد هذا الشيء أو هذه القيمة، وإلا أثرى على حساب الغير وهو أمر غير مشروع[2]

في الحقيقة فإن هذا النوع من العقود أصبح نادرا بل منعدما بالنسبة للقانون الجزائري، والسبب في ذلك يرجع إلى الانتقادات التي وجهت لهذه العقود، إذ يعتقد معظم الفقهاء المعارضين أن هذه العقود هي عقود رضائية لا غير[3]

تسليم الشيء الذي هو موضوع العقد هو شرط لصحة ما يسمى بالعقود الحقيقية، مثل الرهن، والقرض للاستخدام (أو السلعة)، والقرض الاستهلاكي والإيداع، فمثلا في الوديعة، لا ينشأ الالتزام عن التراضي ذاته ولكن اشترط القانون الروماني فضلا عن التراضي تسليم الشيء محل الالتزام، وينحصر دور التسليم في هذه العقود العينية في أنه يهيئ للتراضي فرصته لظهوره ولكنه لا يحل محله في إنشاء الالتزام، ويقصد

---

[1]فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص 17.

[2]نفس المرجع، ص 14.

[3]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 242

بالقبض في الوديعة قيام المودع بتسليم الشيء المراد إيداعه إلى المودع عنده[1]، فهو العقد الذي لا ينعقد إلا بتوافر أركان أربعة وهي الرضا والمحل، والسبب وتسليم العين محل العقد[2].

في الواقع، لا يمكن نشوء الالتزام بالمحافظة على الشيء وإعادته، وعليه لا يمكن تكوين العقد طالما لم يتم تسليم الشيء، ومن المسلم به أن الوعد بتقديم قرض، بتقديم تعهد أو الحصول على شيء في الوديعة هي عقود توافقية سارية تلزم الوعد بالوفاء بوعده وسيتم تحويلها في وقت التنفيذ، إلى عقد قرض أو رهن أو إيداع، ومع ذلك وفقًا للعقيدة الكلاسيكية لا ينبغي الخلط بين هذه العقود الأولية والعقود النهائية التي تليها عند تسليم الشيء، كما أن هذا الأساس حول أهمية التسليم هو الآن موضوع انتقادات من العديد من المؤلفين، الذين يشككون في مصلحة الحفاظ على هذه الفئة من العقود في جوهرها، يعتبرون أنه في واقع الأمور، تم تشكيل العقد من اجتماع الوصايا، وتسليم الشيء لا يمثل ميلاده، ولكن أول إجراء للتنفيذ[3].

تعد العقود العينية نوع مخفف من العقود الشكلية التي أدى إليه تطور القانون الروماني في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده، كما عرف القانون المدني القديم خمسة عقود عينية وهي القرض؛ العارية؛ والوديعة؛ والرهن الحيازي؛ وهبة المنقول التي تبرم في عقد عرفي[4]، حيث أن القانون الروماني كانت فيه العقود شكلية ولم يكن الرضا وحده كافياً لتكوين العقد، ثم وجدت العقود العينية الى

---

[1] فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق، ص65.

[2] حامد محمد شبيب الجبوري، أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية–دراسة مقارنة– شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2021، ص 40.

[3] Marie Demoulin,Étienne Montero, "Le formalisme contractuel à l’heure du commerce électronique", (étude publiée dans La théorie générale des obligations, suite, Liège, Formation permanente –, University of Namur, Belgique, vol. 57, octobre 2002, P 8.

[4] مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني أركانه، أثاره، بطلانه، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2012، ص 21.

جانب العقود الشكلية، فجعل التسليم منشأ لهذا الالتزام إما على أساس أن من أستلم العين ولم يردها ارتكب جريمة خيانة الأمانة وإما على أساس الكسب دون سبب[1]

التسليم يعتمد على عنصرين أحدهما مادي يهتم بوضع الشيء محل التصرف تحت يد المتصرف إليه، والثاني معنوي، ويتم باتجاه نية الطرفين إلى نقل الملكية من أحدهما إلى الآخر، وبهذا ظهرت الشكلية الرومانية في التصرفات المالية في شكل طقوس وإجراءات معينة ومحددة بمقتضى القانون الروماني، ويترتب على إغفالها أو الإخلال بها بطلان التصرف بغض النظر عما اتجهت إليه إرادة الطرفين[2]

كما قد تفرض هذه الشكلية من قبل القانون، وقد يشترطها المتعاقدان كأن يتفقا مسبقا على أن تسليم الشيء واجب لانعقاد العقد؛ إن مثل هذه العقود ضئيلة جدا، ويمكن على سبيل المثال ذكر عقد العارية في القانون الفرنسي الذي لا ينعقد إلا بتسليم المعير للمستعير الشيء المعار، والغرض من هذا الإجراء ذي الأصل الروماني؛ هو حماية المالك؛ إذ يتفطن لخطورة العمل الذي أقدم عليه عندما يريد التجرد من الشيء محل العقد، كالهبة، أو القرض الاستهلاكي[3].

وبناء على ما تم التطرق إليه في التسليم، نرى بضرورة المقارنة بين ركن التسليم في العقود العينية في كل من التشريعين الفرنسي والجزائري.

أولا: في التشريع الفرنسي

أضاف التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي التصنيف الثلاثي للعقود وهي رضائية، شكلية، عينية من خلال المادة 1109، ذلك أن الأصل في العقود بالنظر إليها من زاوية تكوينها أن تكون رضائية بتوفير

---

[1]سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، بغداد، 2018، ص 33.

[2]أحمد خليفة شرقاوي، المرجع السابق، ص80.

[3]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 56.

أركانها الممثلة في توفر التراضي والأهلية ومضمون العقد، إلا أن العقود لا تكون رضائية دائما بل قد يتطلب القانون ضرورة توفر ركن الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية، وهو ما يجعل الشكلية استثناء عن مبدأ الرضائية في العقود، حيث لا يتم العقد فيها بمجرد تطابق الايجاب بالقبول، بل يجب لتكوينها إتباع شكل يحدده القانون، عادة ما يكون ورقة رسمية يدون فيها العقد كما هو الحال في عقد الهبة م 931 ق م. ف. وعقد الزواج م 1394 ق م ف، أما العقود العينية، فهي التي لا تتم إلا بتسليم العين محل العقد، ومثالها في القانون المدني الفرنسي، عقد عارية الاستعمال م 1875، والوديعة م 1915[1]

حيث تنص المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:[2]

تنص المادة 1109 من الأمر رقم 2016-131 الصادر في فبراير 2016 من القانون المدني الفرنسي على:

يكون العقد بالتراضي عندما يتم تشكيله من خلال التبادل الوحيد للموافقات بغض النظر عن طريقة التعبير.

يكون العقد رسميًا عندما تخضع صلاحيته للأشكال التي يحددها القانون.

يكون العقد حقيقيًا عندما يخضع تكوينه لتسليم شيء ما.[3]

---

[1] بن خدة حمزة، "قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، مجلة الأستاذ الباحث الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، سبتمبر 2018، ص 428.

[2] Art 1109 :
Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.
Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.
Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose

[3] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français

من خلال استقرائنا لنص المادة 1109 من القانون المدني الفرنسي، نستشف ثلاث تصنيفات للعقود في التشريع المدني الفرنسي، حيث استهلها بالعقود الرضائية التي تكون فيها الإرادة ركن في قيام العقد، ثم تطرق للعقود الشكلية وبالتحديد العقد الرسمي الذي تكون الشكلية ركن لقيامه وفق الشكل الدي يحدده القانون، وأخيرا وليس أخرا نص على العقود العينية ووصفها بالعقود الحقيقية، التي تستلزم التسليم في تكوينها، وهو قصد المشرع واضحا بجعل التسليم ركن انعقاد وقيام العقد، لا يقل شأنا من قيمة الأركان الأخرى" التراضي، المحل، السبب، الشكلية"

وبالتالي نستنتج أن ركن التراضي في العقود الرضائية، وركن الشكلية في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، ولكن الإشكال هنا هو مدى اعتبار التسليم نوع من أنواع الشكلية، ومنه لماذا لا نقول العقود الشكلية وليست العينية، بحكم أن الشكلية تتضمن الكتابة كصورة أولى، والفعل المتمثل في التسليم كصورة ثانية، بمعنى أن التسليم يندرج ضمن الشكلية، وبما أن اشتراط الشكلية كركن لقيام العقد يكون إلا في العقود الشكلية، فمن غير المنطقي القول بغير ذلك.

إلا أنه لا يفوتني التعقيب على ما نص عليه المشرع الفرنسي بالتمييز بين العقود الشكلية والعقود العينية، من خلال التفرقة بين الكتابة كنوع من الشكلية، والتسليم كنوع ثاني للشكلية، فهما عنصران لتركيبة واحدة، ما يجعلنا نطرح مجموعة من التساؤلات أبرزها: هل العقود العينية هي نوع من العقود الشكلية، وبالتالي لا يمكن التفرقة بينهما، أم أن العقود العينية مستقرة ولا تنتمي للعقود الشكلية وهذا خارج عن المألوف، هل كان على المشرع الفرنسي النص على ركن الكتابة أو الشكل في العقود الشكلية، وفي نفس الوقت ينص على ركن التسليم في العقود الشكلية أيضا بحكم أن التسليم والشكلية وجهان لعملة واحدة.

وجديرا بالذكر أن المشرع الفرنسي نص على مواد تستلزم التسليم كركن في تكوينها والتي سنعرضها من القانون المدني الفرنسي، ونقوم بتحليلها والتعقيب عليها.

1-قرض الاستخدام Du prêt à usage "عقد العارية":

المادة 1875: (القانون عدد 526-2009 المؤرخ في 12 ماي 2009 - مادة 10)

قرض الاستخدام هو عقد يسلم بموجبه أحد الطرفين شيئًا للطرف الآخر لاستخدامه، على نفقة المستأجر لإعادته بعد استخدامه[1]

-نستشف من استقرائنا لهذه المادة أن قرض الاستخدام مصطلح استدل به التشريع الفرنسي على عقد العارية، والتي عرفها بأنها عقد يسلم فيه أحد المتعاقدين للأخر شيء محل العقد، من أجل استخدامه والاستفادة منه لمدة معينة محددة في العقد، والتي يلتزم فيها المستأجر" المستعير" بإعادة الشيء محل عقد قرض الاستخدام إلى مالكه" المعير".

صياغة المادة بعبارة "عقد يسلم فيه" هو اعتراف واضح من المشرع الفرنسي بعينية عقد العارية التي يكون فيها التسليم ركن لقيام وتكوين وانعقاد هذا العقد، ما يدل على اهتمام وتمسك المشرع الفرنسي بالعقود العينية.

وجدير بالذكر أن نص هذه المادة من صنع قانون عدد 526-2009 مؤرخ في 12 ماي 2009 تبسيط وتوضيح القانون والتخلص من الإجراءات (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures)، الذي أدخل على القانون المدني الفرنسي تعديلات ترجمت في استحداث نصوص قانونية، وهذا يعني أن نص هذه المادة لم يمسها تعديلات قانون إصلاحات القانون المدني لسنة 2016.

[1] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures) modifiant le code civil français. Art 1875 : (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009- Art 10)
Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

تنص المادة 1877 على أن: **"**المقرض يبقى صاحب الشيء المعار"[1]

بالنسبة لهذه المادة 1877 من القانون المدني الفرنسي والتي جاءت لبيان مركز الطرف الأول في عقد العارية أو قرض الاستخدام أن المقرض هو مالك الشيء المعار، ويبقى ملازما لهذه الصفة حتى بحيازة المستعير للشيء محل عقد قرض الاستخدام.

2-الإيداع Du dépôt "عقد الوديعة":

تنص المادة 1915 على أن: "الوديعة، بشكل عام، هو فعل يتلقى فيه المرء شيئًا آخر، مع مسؤولية الحفاظ عليه وإعادته على الطبيعة"[2].

-من خلال استقرائنا لنص المادة 1915 من القانون المدني الفرنسي يتضح لنا جليا أن عقد الوديعة هو فعل وليس اتفاق، حيث لابد أن يتحصل فيه أحد أطراف العقد على شيء محلا لعقد الوديعة، مع التزامه بالمحافظة عليه وإرجاعه بالحالة التي تسلمها فيها، وهنا المشرع الفرنسي عبر عنها بمصطلح "الطبيعة"، يعني إعادته بالطبيعة والحال التي كان عليه عند انعقاد العقد.

مصطلح "فعل" الوارد في هذه المادة كان كفيلا بتحديد طبيعة عقد الوديعة في التشريع الفرنسي، باعتبار أن الفعل هو صورة من صور الشكلية من جهة أولى، وأنه يعبر عنه بالتسليم الذي يكون كركن إنعقاد في العقود العينية، وبالتالي عقد الوديعة حسب ما عرفه المشرع الفرنسي هو عقد يتم تكوينه بفعل يكون ركن انعقاد فيه.

[1] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, Art 1877 : Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée.

[2] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, Art 1915 : Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.

لم نقتنع بموقف المشرع الفرنسي من منظور أنه مرة يستعمل مصطلح تسليم ومرة أخرى مصطلح فعل، ولكن ما نراه معيبا أصلا هو التصنيف في حد ذاته، حيث أن الفعل أو التسليم هما شكلية وبالتالي وجودهما في العقد يضيف صبغة الشكلية، مثلها مثل الكتابة بالضبط، لماذا عندما تكون الكتابة ركن في قيام العقد نقول على هذا العقد شكلي، وعندما يتعلق الأمر بالتسليم أو الفعل كونه ركن انعقاد نقول على هذا العقد عيني وليس شكلي، كان من المنطقي لو كان هناك مصطلح قانوني "العينية" وله صور وبالتالي عند توفر أحد صوره كركن لقيام العقد هنا يصح قول على هذا العقد بالعقد العيني، ما نراه يجانب الصواب هو كيف لتوفر نوع من أنواع الشكلية في تكوين عقد، ثم تكون التسمية التي لعبت الشكلية دور فيها خارج نطاقها.

صحيح أن القانون الروماني هو أول من استحدث فكرة العقود العينية التي جعل وجودها مرتبط ارتباطا مباشرا بوجود التسليم، ولكن الأصح انها عقود شكلية تنشئ إما على الكتابة أو الفعل، وبالتالي تصبح لدينا عقود شكلية للكتابة، وعقود شكلية للفعل.

تنص المادة 1919على أن: (القانون عدد 526-2009 المؤرخ في 12 ماي 2009 - مادة 10)

"لا يكتمل إلا بالتسليم الحقيقي أو الوهمي للشيء المودع. يكون التسليم الوهمي كافياً عندما يكون الوديع قد تعهد بالفعل، بصفة أخرى، بالشيء الذي يوافق المرء على تركه له كوديعة"[1].

-نستنتج كذلك من نص المادة 1919 المعدلة بالقانون رقم 2009-526، الذي بقى ساريا ولم يمسه إصلاحات 2016، أن هناك تأكيد لضرورة وجود ركن التسليم في عقد الوديعة، حيث عبر عنه المشرع

[1] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures) modifiant le code civil français, Art 1919 : Loi n°2009-526 du 12 mai 2009-art. 10
Il n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée. La remise fictive suffit quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt.

الفرنسي بعبارة "لا يكتمل إلا بالتسليم" سواء كان تسليم فعلي أو تسليم وهمي شرط أن يكون هذا الأخير جديا يتعهد بتسليمه بعد انعقاد العقد، أي أنها رخصة من عند المشرع الفرنسي بانعقاد عقد الوديعة دون تسليم فعلي، متى كان هناك تأكيد لحصول التسليم فيما بعد أي بعد انعقاد العقد، وهذا إن دل فيدل حرص المشرع الفرنسي على اعتبار التسليم ركن جوهري في انعقاد في عقد الوديعة.

3-عقد القرض الإستهلاكي Du prêt de consommation :

تنص المادة 1892 على أن: "القرض الاستهلاكي هو عقد يسلم بموجبه أحد الطرفين للآخر كمية معينة من الأشياء التي يتم استهلاكها عن طريق الاستخدام، على حساب هذا الأخير لمنحه العديد من نفس النوع والجودة"[1].

حسب ما نصت عليه المادة 1892 من القانون المدني الفرنسي، نستشف أن عقد القرض الاستهلاكي لا ينعقد إلا بتوفر ركن التسليم الذي حرص المشرع على توظيفه الصريح في نص هذه المادة، فربط تكوين عقد القرض الاستهلاكي بركن التسليم، ما يعني أن هذا العقد من العقود العينية، التي يتم فيها تسليم أحد أطرافه كمية من الشيء محل العقد إلى الطرف الأخر بهدف الاستهلاك.

انطلاقا لما تم التطرق إليه من نصوص قانونية للقانون المدني الفرنسي التي تضمنت بعبارات صريحة ودون لبس أو غموض بتبني العقود العينية، وما يؤكد هذا هو نص المادة 1172 من القانون المدني الفرنسي التي جاء بها الأمر عدد 131-2016 مؤرخ في 10 فبراير 2016 مادة 2، والتي تنص على:

تنص المادة 1172 على أن: (أمر عدد 131-2016 مؤرخ في 10 فبراير 2016 مادة 2)

[1] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, Art 1892 :
Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

"العقود من حيث المبدأ هي بالتراضي".

من هنا كاستثناء، تخضع صلاحية العقود الرسمية لمراعاة أشكال قانونية محددة، وإلا يكون العقد باطلاً، باستثناء التسوية الممكنة. بالإضافة إلى ذلك، يجعل القانون تكوين عقود معينة خاضعًا لتسليم الشيء[1]

إذن من خلال عرض نص المادة 1172 يمكن القول أن العقود في التشريع الفرنسي هي ثلاث أنواع، أولا عقود رضائية تلعب الإرادة فيها ركن لانعقادها، وهذا انوع من العقود جعله المشرع المبدأ، أي الأصل في العقود الرضائية، ثانيا العقود الرسمية والتي جعلها كإستثناء من الأصل الرضائية، وأخضع صحتها لمدى احترام الأشكال المحددة قانونيا، تحت طائلة البطلان، مستثنيا بذلك التسوية الممكنة وهي التصحيح وتدارك الأخذ بالشكلية اللازمة لانعقاد العقد، وثالثا عقود خضع تكوينها للتسليم الشيء محل العقد، وهنا المشرع الفرنسي كان واضحا في جعل التسليم ركن انعقاد مثلها مثل ركن التراضي وركن الشكلية "الكتابة الرسمية"، والملاحظ في نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي فصل بين صور الشكلية، حيث تطرق للكتابة الرسمية لضرورة تكوين العقود الرسمية ولما نقول كتابة رسمية معني الشكل الذي يحدده القانون ويتم تحريره على يد ضابط أو موظف عمومي، فالعقد الواجب افراغه في شكل رسمي لا يتم على يد أطراف العقد، بل هناك جهات رسمية خولت لها الدولة القيام بهذا العمل، بالنسبة للكتابة العرفية لم يتطرق المشرع الفرنسي إليها ولم يخضع عقود معينة في تكوينها لكتابة عرفية، كأنه أخرج الكتابة العرفية من نطاق الشكلية، وأدخلها ضمن إرادة المتعاقدين في الأخذ بها من عدمه، وبالنسبة للتسليم وهو النوع الثاني للشكلية تكلم عليه بصفة منفصلة تماما للشكلية، وألحقه من قبيل العقود العينية، فهذا التناقض أكيد كان للتشريعات الرومانية

---

[1] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, Art 1172 : Ordonnance n°2016-131 du 10 fevrier 2016 art 2
Les contrats sont par principe consensuels.
Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. Par là En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

القديمة يد فيها، لأن المصطلحات ليست مضبوطة بالمعنى الدقيق الذي يتناسب مع المفاهيم النظرية للقانون المدني.

بعد تعقيبنا لنصوص المواد الخاصة بالعقود التي تتطلب في انعقادها توفر ركن التسليم، نتوجه الأن إلى البحث في مدى وجود هذا النوع من العقود في القانون المدني الجزائري، بعرض نصوص مواد منظمة لنفس العقود ألا وهي العارية والوديعة والقرض الاستهلاكي.

ثانيا: في التشريع الجزائري

بعد دراستنا لركن التسليم في انعقاد العقود في القانون المدني الفرنسي بالتطرق لعدة مواد ترجم المشرع الفرنسي من خلالها تبنيه للعقود العينية القائمة في تكوينها عل ركن التسليم، وهنا سندرس موقف المشرع الجزائري في تبنيه لركن التسليم من عدمه في العقود العارية والوديعة والقرض الاستهلاكي، من خلال استقرائنا لنصوص المواد المعنية.

1-عقد العارية:

تنص المادة 538 على:[1]" العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال."

عرف المشرع الجزائري في نص المادة 538 عقد العارية بالعقد الذي يلتزم فيه الطرف الأول وهو المعير بتسليم شيء محل عقد العارية للطرف الثاني وهو المستعير، بغية استخدامه بدون مقابل وخلال أجل معين في العقد بإتفاق الأطراف، بعد ذلك يلتزم المعير برده بعد تحقيق الغاية من استعماله، وهنا يتضح لنا الفرق في صياغة المادة الخاصة بعقد العارية، حيث أن المشرع الجزائري عرفها على أساس إلتزام وليس تسليم، فجعل المصطلح الأول بعد كلمة العقد هو "التزام"، على عكس المشرع الفرنسي الذي جعل المصطلح

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الأول بعد كلمة عقد العارية هو "التسليم"، وبالتالي المشرع الجزائري كان صريحا بتخليه عن ركن التسليم في تكوين عقد العارية، وجعل من التسليم مجرد التزام وليس ركن في قيام العقد، فعقد العارية حسب ما نص عليه المشرع هو عقد رضائي، تلعب فيه الإرادة ركن للانعقاد ويفعل فيه مبدأ سلطان الإرادة، وجعل من التزامات هذا العقد الرضائي هو وجوب التسليم بالنسبة للمعير ووجوب رد الشيء بالنسبة للمستعير عند انتهاء مدة الإعارة.

كما تؤكد المادة 545 على وجوب التزام المستعير بإرجاع الشيء الذي قام المعير بتسليمه على الحالة التي كان عليها لحظة التسليم، كما ألزم بالمسؤولية عن كل هلاك للشيء وتلفه حيث **تنص المادة 545 على:**[1] "متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف.

ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك."

2-عقد الوديعة:

تنص المادة 590 على أن:[2] "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا"

عرف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 590 عقد الوديعة وربطه بالتسليم، حيث بمقتضاه يسلم المودع إلى المودع إليه الشيء محل عقد الوديعة، مع وجوب هذا الأخير بالالتزام بالمحافظة عليه طيلة مدة الوديعة، وإرجاعه للمودع، وهنا نرى فرق بين نص هذه المادة، ونص المادة 538 والتي تنص على العارية، حيث في الوديعة عرفت بالتسليم، والعارية بالالتزام، وهذا ما يخلق تساؤلا حول قصد المشرع من

---

[1]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

هذا التناقض في التعريف، بحكم أن عقد العارية والوديعة متشابهة تقريبا في الطبيعة القانونية والأحكام المنظمة، ونرى حسب تعريف الوديعة أنها تتشابه مع نص المادة 1915 للقانون المدني الفرنسي التي تنص على الوديعة، ولكن الراجح أن المشرع استعمل مصطلح التسليم كالتزام وليس كركن انعقاد.

–فلفظ التسليم الوارد في المادة 590 من القانون المدني تعني نقل حيازة المال المنقول والحيازة في المنقول سند للملكية[1]

تنص المادة 591:[2] "على المودع لديه أن يتسلم الوديعة .

وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنيا".

يتوجب على المودع استلام الوديعة واستعماله لها بموافقة المودع، سواء كانت موافقة صريحة أو ضمنية.

تنص المادة 594:[3] "يجب على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه الا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه وللمودع لديه أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت، الا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع."

حسب نص هذه المادة نستنتج أن المودع لديه ملزم وجوبيا بإعادة تسليم محل عقد الوديعة إلى مالكه وهو المودع متى طلب منه ذلك، إلا إذا تم الاتفاق على عكس ذلك في العقد.

[1] براهامي فائزة، الطبيعة القانونية لعقد الوديعة النقدية المصرفية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد السابع، ديسمبر 2016، ص 444.

[2] الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3] الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

كما أن المادة 596 تنص على أن:[1] "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك."

وكذلك المادة 597 بنصها:[2] "على المودع أن يرد إلى المودع لديه ما أنفقه في حفظ الشيء وعليه أن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة"

من خلال نص المادتين 596 و597 نستنتج أولا أن الأصل في عقد الوديعة بدون أجر، إلا إذا اتفق أطراف العقد بوجود أجر، فهنا يلزم المودع بتقديم ذلك الأجر إلى المودع لديه، كما يلتزم المودع بتقديم ما تم إنفاقه من أجل الحفاظ عليه، وأيضا بتعويضه على الخسارة التي تلحقه من جراء هذه الوديعة.

3-القرض الاستهلاكي:

تنص المادة 450 على أن:[3] "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النفود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة."

-من خلال هذه المادة عرف المشرع عقد قرض الاستهلاك على أنه إلتزام وليس تسليم، ويكون بهذا قد أكد مرة أخرى موقفه تجاه الأخذ بعينية العقود وركن التسليم، بعد أن كان موقفه غامضا في عقد الوديعة، وهو ما يؤكد أن التسليم المنصوص عليه في عقد الوديعة ما هو إلا إلتزام بنقل الحيازة، كون أن هذا النوع من العقود يخص فقط المنقولات، والأصل فيها الحيازة لأنها سند الملكية، وبالتالي بات واضحا موقف

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المشرع تجاه مدى أخذه بالعقود العينية، والتي لم يمنح لها مساحة في القانون المدني، مكتفيا بذلك بنوعين من العقود ألا وهي العقود الرضائية والعقود الشكلية.

تنص المادة 451:[1] "يجب على المقرض أن يسلم إلى المقترض الشيء الذي يشتمل عليه العقد ولا يجوز له أن يطالبه برد نظيره الا عند انتهاء القرض.

وإذا تلف الشيء قبل تسليمه إلى المقترض كان الاتلاف على المقرض".

-تفيد نص هذه المادة بإلتزام المقرض بالتسليم محل القرض الاستهلاكي إلى المقترض، دون مطالبته بالرد مثله إلا عند الانتهاء من القرض، أما بخصوص اتلاف الشيء قبل تسليمه كان من مسؤولية المقرض.

كذلك نص المادة 457:[2] "ينتهي قرض الاستهلاك بانتهاء الأجل المتفق عليه".

-بالنسبة للمدة التي يتم فيها القرض الاستهلاكي هي من اتفاق أطراف العقد، حيث يختاروا أجلا محددا لانتهاء عقد القرض وهذا بعد تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المبحث الثاني: تثمين الشكلية في العقود التقليدية

يتجلى دور الشكلية باعتبارها ركن في العقود من ناحيتين، الأولى متعلقة بالانعقاد والثانية بالإثبات، حيث تخضع ابرام العقود إلى شكل محدد قانونا حتى يتسنى الاعتراف بمضمون تلك العقود، إلا أن الأمر غير متوقف عن الانعقاد، بل يشمل ضمان إقامة الدليل الكتابي لإثبات المسائل التي تثور بشأنها منازعات.

يعترف كذلك بوظيفة الشكلية الاقتصادية والتوجيهية، كونها توفر السند الضامن في تحقيق أهداف النظام والحماية والأمن وهو المطلوب في عصر اختلطت فيه المفاهيم، وتضاربت فيه المصالح وتعددت المعاملات سواء على المستوى الفردي أو الجماعي، ومن خلال هذه الحماية تهدف القاعدة الشكلية إلى تحقيق مطلب العدالة، فيقول أحد الكتاب إن التبرير الحقيقي للشكلية هو استبعاد عدم التوازن الذي عادة ما يكون هاما داخل إطار العلاقات القانونية وفرض العدالة، هذه الأخيرة التي كثيرا ما يصعب تحقيقها في إطار الرضائية الصرفة، فالشكلية هي أداة بإمكانها وقف حدة التطبيقات الرضائية الصرفة، هذه التطبيقات إن لم تمسكها الشكلية تصل إلى نوع من اختلال التوازن الفظيع في مستوى العلاقات القانونية[1]

الشكلية كفيلة بحماية المصلحة الخاصة لكل متعاقد، كما أنها تحمي المصلحة العامة أيضا، في إطار الدور الجديد الذي تقوم به الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، مما يجعلها تعمل على مراقبة إفراغ المعاملات المهمة في الشكل المحدد قانونا[2].

دأب المشرع الجزائري إلى إعتماد الشكلية كركن من أركان قيام العقد في أهم العقود سواء كانت مدنية أو تجارية أو غيرها، وهذا إن دل فيدل على مكانة الشكلية في العقود، وهذا راجع إلى دورها الفعال في حماية الإرادة من مختلف وسائل الاحتيال والنصب والاستغلال العاطفي، وهذا ما يحقق استقرار عقدي،

---

[1] علي كحلون، المرجع السابق، ص 129.

[2] بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص1407.

وفي المقابل فإن كل إخلال بهذه الشكلية ينجر عنه البطلان، ولكن بحسب ما إذا كانت الشكلية للإنعقاد أم أنها لإثبات العقد، حيث سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة تثمين الشكلية في العقود التقليدية في مطلبين، المطلب الأول "بواعث إرساء الشكلية في العقود التقليدية"، والمطلب الثاني "جزاء تخلف ركن الشكلية في العقود التقليدية".

المطلب الأول: بواعث إرساء الشكلية في العقود التقليدية

إن مدلول الشكلية يختلف باختلاف أهدافه بين مدلولين مهمين، هما شكلية الحماية لفائدة الأطراف وأيضا إعلام الغير بحصول العقد بغية حمايته، هذه تسمى بالشكلية المباشرة المرتبطة بتكوين العقد الشكلي؛ فهي تمكن الأطراف من التعرف على محتوى هذا العقد، وتحدد حقوقهم وواجباتهم، بما يحفظه من الوقوع في الغلط أو التدليس أو الإكراه وكذلك الإستغلال، مما يؤدي إلى التضييق من نطاق البطلان، وخاصة الحماية لبعض الفئات المتعاقدة كحماية المستهلكين على وجه التحديد، وشكلية التوجيه بما يتماشى مع اختيارات ومصالح الجماعة، وهي الشكلية غير المباشرة بغية تحقيق أغراض مختلفة، كاشتراط الرخص الإدارية[1].

إلا أن هدف المشرع من فرضه للشكل لا ينفصل عن الهدف الذي تسعى الإرادة لتحقيقه في التصرف القانوني، وعليه الشكل هو بمثابة طريقة للتعبير عن الإرادة بالكيفية التي يريده المشرع، وهو بذلك منوط بها وظائف عديدة ويضمن أموراً مهمة، منها إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي على نحو صادق ومطابق لما اتجهت إليه، ومن ثم حماية الارادة من كل ما يمكن أن ينسب إليها، وتجنبها من مخاطر التفسير والتأويل، فضلا عن وسيلة إثبات مضمون التصرف القانوني[2]

---

[1] نفس المرجع، ص1406.

[2] أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 82-83.

الواقع يثبت أن الكثير من النزاعات المطروحة اليوم على المحاكم يعود سببها إلى عدم توثيق التصرفات وعدم تحديد الالتزامات بدقة، وأن حرص القوانين الوضعية على الكتابة ليس لمجرد الشكل، وإنما هدفه العام هو ضبط للإرادة الباطنة بما يناسب التعبير الظاهر لها، كذلك توفير التوازن الاقتصادي في العقد وتحقيق العدالة الاجتماعية، وإبعاد كل ما من شأنه أن يثير الخلافات في العلاقات التعاقدية بين الأطراف، فالوثيقة المكتوبة هي التي ترفع الغموض والشك مما يجنب الوقوع في المنازعات[1]

المشرع هدفه واضح باشتراطه للشكلية القانونية في عدد لا بأس به من التصرفات القانونية لتحقيق المصالح العامة، ومن ذلك جعله بمثابة وسيلة لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة، كذلك لتسهيل التعاقد وتبسيطه[2]

ما نخلص إليه في هذا المطلب هو تسليط الضوء على أهم نظريتين في القانون المدني، وهما نظرية العقد ونظرية الاثبات، والسؤال المطروح هنا ما علاقتهما ببواعث إرساء الشكلية في العقود التقليدية، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفرع الأول "جدية التعاقد "نظرية العقد"، والفرع الثاني "حماية المتعاقدين "نظرية الإثبات".

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 46.

[2]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 83

الفرع الأول: جدية التعاقد "نظرية العقد"

تشمل الشكلية بدورها إضافة إلى حماية الأطراف حماية حقوق الغير كذلك، باعتبار أن هذا الأخير تتأثر مصالحه بمصير العقد المبرم، على سبيل المثال نذكر عقد الهبة الذي يعد من التصرفات الخطيرة نظرا لكونه يسفر عن خروج مال الواهب دون أي عوض، وهذا ما يستدعي ضرورة التروي في نقل ملكية أمواله المنقولة أو العقارية وهذا لأخذ بعين الاعتبار الأضرار الممكن حدوثها مستقبلا، ولضمان حقوق الأطراف تكفل المشرع بتقييم صلاحية عقد الهبة وضرورته بالنسبة للأطراف المعنية بتوجيهه إلى القالب الشكلي الذي يشترطه القانون حتى يكون صحيحا وجديا وسليما من ناحية التعبير عن الارادة[1]

فتقييد العقود وقت ابرامها بركن الشكلية يعمل على كشف نوايا الأطراف المتعاقدة وحقيقة الإرادة الصادرة عنهم، حيث أن اعتماد الكتابة في توثيق تصرفاتهم يوضح نوايا المتعاقدين، بالنظر إلى أهمية التوثيق في ضمان فعالية مضمون العقد بما يشمله من التزامات بالتنفيذ هذه الأخيرة على أكمل وجه حتى إذا رفض أو تماطل الأطراف يكون العقد المحرر بالكتابة الرسمية بمثابة وسيلة للتنفيذ الجبري لما يتمتع به التوثيق من ضمانات قانونية، تكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق مما يحقق استقرار المعاملات، كذلك يعمل على شل حركة كل وسبلة من وسائل الحيل والخداع، فالشكلية وسيلة تحقق سلامة رضا الأطراف، والتوثيق قد يرفع ويدفع الشك والارتياب بين المتعاملين وخلفائهم، قد يشتبه على المتعاملين أو على ورثتهما إذا تطاول الزمان في مقدار الأجل أو الثمن أو في بعض الشروط، فقد يقعان في النزاع والمخاصمة من غير قصد لإبطال حق كل واحد منهما، فإذا تم توثيق للعقود ورجعا إليه فلا يبقى بعد ذلك شك ولا ارتياب، كون الشكلية تساهم في الحد من ظاهرة بطلان العقود وفسادها.[2]

---

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص496

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 47.

كما تعتبر الشكلية وسيلة لحماية المتصرف من خلال ضمان التطابق بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية للمتصرف، فالإرادة هي ظاهرة نفسية تكمن في شخص المتعاقد ولا ترتب أي أثر قانوني إلا إذا ظهرت إلى أرض الواقع بمظهرها المادي الملموس والواضح من قبل من وجه إليه الايجاب، والتعبير عن الإرادة هي الوسيلة التي يستطيع بها الشخص من إيصال رغبته ومراده بصورة جازمة في إبرام التصرفات القانونية إلى الطرف الآخر، بحيث يتمكن من فهمه ومن ثم بناء رده في ضوئه ولذلك يفترض في التعبير أن تكون مطابقة للإرادة[1]

أيضا تحقق الشكلية مصلحة الغير من خلال توفير المعلومات حتى يتمكن من معرفة كل ما يتعلق بالعقد المبرم كونه مرتبط بمصلحة من مصالحه، ويتم ذلك عن طريق إجراءات التسجيل والشهر والإعلان وبذلك تؤدي الشكلية إلى حماية حقوق الغير من جميع أصناف الغش والتحايل[2]

كذلك للشكلية دور في استقرار المعاملات وتحقيق العدالة عن طريق فرض الشكلية المؤدية من حيث النتيجة إلى استقرار المعاملات وتحقيق العدالة، أو بعبارة أكثر دقة أنه بمثابة الوسيلة المؤدية إلى ذلك، ففرض الشكلية يحول في كثير من الأحيان دون وقوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد كنتيجة لدخولهم في عملية التعاقد أو على الأقل يؤدي إلى تقليل تلك المنازعات والتخفيف منها، وذلك لأن الشكل يضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد ويضمن حرية تلك الإرادة في إبرام التصرف القانوني[3]

كذلك تحمي أطراف التصرف حيث يعتبر التصرف الرسمي ترجمة صادقة على إرادة المتعاقدين، وإن كان مقيدا باحترام القواعد القانونية، فهذا من شأنه أن يقلل من النزاعات ويخفف من شدتها ويجعلهم يشعرون بالطمأنينة والأمان، باعتباره يؤدي إلى تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد، كما أنه يكفل

[1] أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص85.

[2] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 50.

[3] أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 83-84

حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف ويعتبر وسيلة إثبات مهمة مسبقة، فهذه الأعراض تجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملة بما له وما عليه من حقوق والتزامات ثابتة، لا يرقى إليها الشك في أغلب الأحيان وهذا ما يؤدي إلى الاستقرار، فالشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره، ويدعو إلى التمعن والروية والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، ولا يقوم بإبرام التصرف إلا بعد أن يكون قد أدرك ما سيترتب عليه، فضلا على أن الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدق وأفضل من التصرف الرضائي، كما أن الرسمية حجة على كل من المتعاقدين، وتضع بين يدي الطرفين سندا قابلا للتنفيذ[1]

للشكلية وظيفة هامة في حماية المتعاقد من التسرع والاندفاع، كونها توفر للمتعاقدين الوقت للتفكير والتروي قبل الإقدام على إبرام العقد، وهذا ما يتحقق من اشتراط الشكلية سواء بالكتابة الرسمية أو العرفية، فاشتراط الشكلية للكتابة الرسمية، سواء من حيث تدخل موظف عام مختص أومن حيث الوقت التي تتطلبه إجراءات الرسمية لإنشاء السند الرسمي، تؤدي من حيث النتيجة الى تروي المتعاقدين والتفكير في خطورة التصرف المقدمين عليه، وبالتالي حمايتهما من التسرع والاندفاع بتهور ودون تبصر، والكتابة العرفية من شأنها تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف المقدمين عليه وذلك من خلال صياغتهما لبنود العقد[2]

كما لعب القانون دورا حاسما بفرضه الشكلية لتحقيق المساواة والعدالة في المعاملات، فالتصرفات الشكلية التي تبرم أمام موظف عام أو موثق تحول من جهة دون تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف، فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعد ضمانا لتحقيق المساواة والعدالة في التعاقد، كما تهدف التصرفات الشكلية من جهة أخرى إلى تفادي استعمال الشروط التعسفية التي يمليها الطرف القوي

---

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص496

[2]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 87-88.

على الطرف الضعيف، إضافة إلى أن هذا الضابط العمومي الذي غالبا ما يكون الموثق ملزما بتقديم نصائحه للأطراف[1].

كما أنوه بمسألة تقسيم المطلب الأول ب بواعث إرساء الشكلية في العقود التقليدية، إلى فرع أول معنون ب جدية التعاقد "نظرية العقد"، وفرع ثاني معنون بحماية المتعاقدين "نظرية الإثبات"، والتي قسمت وفق منظورنا الخاص، ورؤيتنا للأهمية التي تتسم بها الشكلية خاصة تأثيرها على مضمون القانون المدني، وبالتحديد على نظرية العقد و نظرية الإثبات، فمن خلال دراستنا للموضوع إرتأينا أن تكون لنا بصمة خاصة في تقييمنا لوجهة المشرع في اعتماده على الشكلية لإبرام العقود خاصة المدنية والتجارية، حيث نستتشف قيمة حقيقية ونوعية لهذه الشكلية، ما جعلنا نكشف ما يوارى عن الأنظار، في الهدف الإيجابي الذي استحدثته الشكلية على نظريتي العقد والإثبات سواء شكلية الانعقاد أو الإثبات، لكن البداية تكون مع شكلية الانعقاد في الفرع الأول ثم التطرق إلى شكلية الإثبات في الفرع الثاني.

من خلال التحليل لدور الشكلية في ضبط مبدأ سلطان الإرادة من خلال تقييد حرية الاطراف في إبرام العقود، حيث أن استعمال هذا المبدأ دون ضابط يجعل العقد يفقد مصداقيته، بوجود ارادة معيبة بالغلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال، حيث أن هذه العيوب تجد مجالها الخصب في مبدأ سلطان الارادة، حيث يمكن للأطراف الاحتيال، في حين أن تقييد هذه الارادة بشكلية قانونية لا سيما إذا كانت رسمية، يقضي تماما عن الوقوع في عيوب الارادة، ما يجعل الارادة حقيقية بقوة القانون، صحيح أن الشكلية هي استثناء وتقيد الارادة إلا أنها تفعل الارادة الباطنة بل تنتقي الارادة الباطنة السليمة، مما يجعلنا نرى بأن الشكلية تفعل نظرية العقد وتحدث فيها تغييرات وتطورات ايجابية، حيث تقلص من صورية العقود وما يترتب عليها من أثار وخيمة على العقد.

---

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص497

الشكلية تعني الجدية في ابرام العقود، وخروج الارادة الحقيقية للعلن، الشكلية تجعل مبدأ سلطان الإرادة صحيح، فليس العبرة في مدى منح الحرية في استعمال هذا المبدأ، بل العبرة في مدى صحة استعمال هذا المبدأ، بالرغم من أن الشكلية هي ركن من أركان العقد والتي تعتبر جزء من النظرية العامة للعقد، إلا انها استطاعت النهوض بالإرادة التي تعتبر جوهر نظرية العقد، وأساسها، فنحن لا نرى الشكلية جاءت لتقزم الإرادة وتطغى عليها، بل جاءت لتفعل تكريسها وتحديثها في بيئة صار التعاقد فيها مخيفا أكثر، ربما للتطورات العلمية والتكنولوجيا تأثيرا على هذا الأمر، وبحكم أننا في عصر السرعة وما يفرض علينا أن نساير هذه السرعة الأمر الذي يجعلنا نحذر من إبرام عقود تكاد تكون حتمية، في ظل هذه العوامل نحتاج إلى ضمان صحة التعبير عن الإرادة، وبالأخص الإيجاب وهو الإرادة الأولى في إبرام العقود.

كل ما كانت مساحة الشكلية أكثر في نظرية العقد كل ما كان المجال التعاقدي سليم، نرى بأنه على المشرع منح آفاق أكثر لركن الشكلية لا سيما الكتابة الرسمية في أسس نظرية العقد، أصبحت العقود الرضائية تشكل خطرا على مبدأ سلطان الارادة، في نهاية المطاف ليست البداية ثابتة دائما، يعني قيمة الرضائية تختلف وتتغير مع متطلبات العصر الحديث، فمن غير المنطقي لو نتمسك بفعالية مفهوم قانوني عبر كل العصور، فهذا أمر يجانب الصواب، لذلك من المعقول أن تتأزم الرضائية في ظل هذه العوامل، ما يجعلها عاجزة على تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف، ولكن تغلغل مفهوم الشكلية يجعل الرضائية بدور فعال.

الفرع الثاني: حماية المتعاقدين "نظرية الإثبات"

إن كتابة المعاملات والحقوق تمنع منذ نشأة الحق حدوث النزاع والخصام بين الأطراف، لأن الكتابة دليل مهيأ سلفا وإن حدث نزاع معين بينهم فإن هذه المحررات كفيلة بمعرفة حقيقة التصرف ومضمونه وبحقيقة التزامات أطرافه المتبادلة، ولا شك أن وثيقة العقد وسيلة مساعدة للقاضي وضمان قوي لسلامة

النظر في النزاع وسلامة الحكم، نظراً لكون المقدمات في أي معاملة مؤثرة على النتائج، فالشكلية تساهم في توقي النزاعات المستقبلية[1]

حيث تكون الشكلية بمثابة حصن أو وعاء للتصرف يحتوي جميع العناصر الضرورية للعقد ومضمونه، وبالتالي تعطي لمن تعاقد مع المتصرف التصدي لجميع الاعتراضات مادام العقد قد تم أمام موظف عام مختص في الكتابة الرسمية، وذلك عندما يقوم الموظف بتحرير العقد أو تثبيت ما أدلى به المتعاقدان، فإنها تكون بمثابة محرر رسمي الذي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير[2]

كذلك تظهر مصالح الدولة من إقرار الشكلية في توفير السلم القانوني من خلال الإنقاص من حجم وحدة المنازعات الناشئة بين أطراف العقد، زيادة على ذلك تساهم الإجراءات الشكلية في توفير مبالغ مالية للدولة جراء فرض رسوم خاصة بتوثيق العقود وتسجيلها وشهرها وقيدها، فنظام توثيق العقود يعد وسيلة من الوسائل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمالية للدولة[3]

إن تقرير الشكل الرسمي على المعاملات العقارية يؤدي إلى استتثاب الأمن، الذي يعتبر الركيزة التي يقوم عليها المجتمع سواء اجتماعيا أو اقتصاديا أو قانونيا، إن من شأن الشكل الرسمي تحقيق إرادات للخزينة العمومية، لأنها خاضعة لإجراء التسجيل والشهر مقابل حقوق مالية تصب في الخزينة العمومية، فإن حدثت هذه التصرفات في شكل عرفي أوعن طريق التراضي، فإنه يؤدي إلى التهرب من دفع حقوق الخزينة، بالتالي الشكل الرسمي من شأنه أن يساعد على التحصيل ويزيد الدخل القومي، حتى تتمكن الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية، والتدخل للتقليل من المضاربات غير المشروعة[4]

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 50.

[2]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص88.

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 50.

[4]ديش تورية، المرجع السابق، ص496

كما تساهم الشكلية في تدارك النسيان الذي يحدث بين أطراف التصرف، فقد يعتري طرفي التصرف النسيان نظراً لمرور السنوات العديدة على إجراء ذلك التصرف، وإثبات هذه الحقوق في المحررات يذكر أطراف هذا العقد بما أبرموه منذ زمن بعيد، فالشكلية إذن قد تقطع الخصومة بين المتعاملين ذلك أن الزمن كفيل بنسيان أحد الأطراف مقدار الأصل أو مقدار الثمن، أو غير ذلك من الشروط، فيكون إنكاره على بعض الحق لا جحودا ولكن نسيانا، فيكون ذلك موجبا للنزاع، ووجود التوثيق يمنع كل ذلك غالبا لأنهما يرجعان إليه، فيعرفان الحق من الباطل[1]

أيضا تعمل الشكلية على توفير وسيلة إثبات مسبقة للتصرف، وتحديد مضمونه وتاريخ إنشائه، لعل الوظيفة الأكثر وضوحاً للشكلية هي توفير أو إعداد وسيلة إثبات رسمية مسبقة ودليل على وجود العقد ومضمونه في حالة النزاع وهي أقوى أدلة الإثبات، وكذلك الشكلية تعد وسيلة لتحديد مضمون العقد على وجه الدقة ويسهل على القضاء التشخيص ويكون دافعاً لكل التباس أو إنكار لمضمون أو اختلاف في تفسيرها، فتحرير العقد من قبل موظف عام مختص من شأنه أن يضمن تحديد التزامات أطرافه بصورة دقيقة والتي يمكن تحقيقه أيضا من خلال الكتابة العرفية، وكما أن الشكلية تضع حدا فاصلا بين مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد ووقت إبرام العقد، إذ ينعقد العقد بإتمام الشكلية المفروضة[2]

تحقق الشكلية كذلك ضمان حقوق فاقدي الأهلية، فقد يطرأ على أحد طرفي العقد اختلال في العقل بشكل يفقد معه أهليته للتصرف، كما لا يقدر على معرفة شيء مما أبرمه مع الآخرين من تصرفات فتكون المحررات هي المرجع بما كان قد أبرمه ولم يعد قادراً على معرفته نظراً لمرضه أو فقد أهليته لجنون أو عته أو غير ذلك من مسببات فقدان الأهلية[3]

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 49.

[2]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 88.

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 49.

إن في الشكلية صيانة للأموال من أن تكون عرضة للضياع بإنكارها، وعدم التمكن من اثباتها، فوجود الوثائق الكتابية مثلا وتصديقها أضمن في صيانة الأموال، ولا يغني الشهود عن الوثيقة الكتابية؛ لأنه وإن كان الشهود يثبتون الحقوق ويلزمون بالحكم بهم، إلا أنهم عرضة لعيوب عديدة كالزور مثلا أو ضعف الحواس أو الغياب، وقد يتوفى شاهد أو شهود العقد، وحينها لا يكون أمام الدائن سوى وثيقة العقد الرسمية، فالشكلية تعد وسيلة لإثبات الحق، وإذا توثق الدائن من حقه بكفيل أو ضمان أو رهن ثم عجز المدين عن السداد أو ماطل أمكن استيفاء الدائن حقه من هذه الوثيقة[1]

لهذا يحقق العقد التوثيقي الرسمي الأمن القضائي كونه ذو طابع وقائي، حيث يخفف من اللجوء للقضاء باعتباره يحسم الكثير من الخلافات والنزاعات المترتبة عن المعاملات العقارية المفرغة في عقود رسمية توثيقية، فهو مساهم فعال في فصال القضايا الشائكة باعتباره حجة للإثبات أمام القضاء وسند للتنفيذ، فتحقيق الأمن القانوني والائتمان، كما يؤدي العقد الرسمي التوثيقي الذي يمتاز بخصائص منها السرية والموثوقية والتكاملية وكذا سلامة المحتوى، إلى تحقيق الاستقرار وتعزيز أمن المراكز القانونية وثباتها والائتمان في المتعاملين[2]

فيما يخص حماية المتعاقد "نظرية الاثبات"، يعني طرق الاثبات ليس كلها فعالة وكفيلة بحماية حقوق الاطراف كاليمين والبينة، مسألة الاثبات مهمة جدا في المنظومة القانونية، فهي تخص القاضي، والمحامي، والخصوم بالدرجة الاولى، فإثبات الحق يتطلب طريق إثبات ناجع، الامر الذي جعلني أرى أن الشكلية بالأخص الرسمية وسيلة إثبات صارمة في إثبات الحقوق، كما أن الاعتماد عليها كأساس جوهري في نظرية الاثبات يقلص من الاستعانة بالطرق الأخرى، ما يجعل التلاعب في الاثبات مستحيل بحكم أن الكتابة الرسمية هي الوسيلة الأنجع في الاثبات، بالتكريس الفعلي للكتابة الرسمية في نظرية الاثبات وجعلها

---

[1]نفس المرجع، ص 48.

[2]ديش تورية، المرجع السابق، ص497

حجر الزاوية، نضبط مسألة استحالة الاثبات ومن ثم عدم اللجوء الى وسائل أخرى أقل قيمة وفعالية، لذلك ينبغي إعادة النظر في تفعيل هذا الركن لأنه متعلق ومرتبط بمفاهيم أخرى.

المطلب الثاني: جزاء تخلف ركن الشكلية في العقود التقليدية

تتعدد صور مظاهر الشكلية في التشريعات الحديثة، فقد تكون متطلبة لانعقاد التصرف القانوني أو لنفاذه أو لإثباته[1].

تكون الشكلية في العقود على شقين، الأول للانعقاد والثاني للإثبات، والتفرقة بين دور الشكلية كأداة للانعقاد في العقود الشكلية أو كوسيلة للإثبات في غيرها من العقود يترتب عليها أثر في حال تخلف عنصر الشكل[2]

لهذا يجب التمييز بين الشكلية التي يوجبها القانون على سبيل الاستثناء لانعقاد العقود وبين الكتابة التي يوجبها القانون للإثبات، أما إذا كان العقد شكليا واكتفى المتعاقدان بتبادل الإيجاب والقبول دون اتباع الشكل الذي يتطلبه القانون لانعقاده، فالعقد لا ينعقد أصلا، ولا يجدي الإقرار بحصول الاتفاق الشفهي ولا يجوز توجيه اليمين، وإذا ما أوجب القانون الكتابة في عقد معين دون أن يفصح عن وظيفة الكتابة المطلوبة، ما إذا كانت هذه الكتابة واجبة لانعقاد العقد أم هي ضرورية فحسب لإثباته أيا كانت قيمته، فالسبيل إلى ذلك هو تقصي قصد المشرع والغرض الذي لم يفصح عنه بطرق التفسير المعروفة، فإذا تعذر ذلك وجب الرجوع إلى القواعد العامة ولما كان الأصل في العقود الرضائية؛ والشكلية هي الاستثناء، فإن الكتابة عند الشك في وظيفتها تكون للإثبات فحسب[3]، وهذا ما يتماشى مع فكرة الرضائية والتي تعتبر الأصل في انعقاد

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 21.

[2]نفس المرجع، ص 22.

[3]عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 58.

العقود، والشكلية غالبا ما تتمثل في كتابة العقد فلا يتم العقد إلا بكتابة تدون فيها إرادة الطرفين بالإيجاب والقبول على العقد كما هو الحال في الرهن التأميني مثلا[1]

عمليا الكتابة في العقود الشكلية تلعب دورا مزدوجا، فهي من جهة أداة للتعاقد، ومن جهة ثانية هي أداة للإثبات، فالشكل يلعب دورا وقائيا هاما بالنسبة لأطراف العقد، فهو يخول للمتعاقدين أداة كتابية تمكنهم من اعتمادها للإثبات في حالة حدوث نزاع بينهم، وما يلاحظ أن المشرع حين معالجته للشكلية القانونية وشروطها أدرجها ضمن الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام، حيث جاء في المادة 324 من القانون المدني ما يلي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ووجود هذا النص في هذا المكان لا يعني أن دور الكتابة الرسمية هنا مقتصر على الإثبات فحسب، فهذا النص عام ينطبق على جميع أدوار الكتابة، بدليل أن المادة 324 مكرر من نفس القانون خاصة بطائفة العقود الشكلية، بقوة القانون وردت أيضا في نفس الموضع مع أنه يفترض أن ترد في مكان مستقل ضمن الأحكام العامة للعقود وليس ضمن أحكام إثبات الالتزام[2].

وعليه نعرج في دراسة هذا المطلب إلى تخلف شكلية الانعقاد ضمن الفرع الأول، وتخلف شكلية الاثبات ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: تخلف شكلية الانعقاد

تعتبر الشكلية الركن الرابع في العقد وهي من أهم الأركان فيه حيث تكتسي أهمية بالغة في إثبات جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ولقد أحاطها المشرع أهمية خاصة لصحة العقود تفاديا

---

[1] فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 202.

[2] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 24.

للمشاكل التي يتخبط فيها الناس في معاملاتهم وتجنهم الأخطاء التي لا تحمد عقباها؛ لذا فرض المشرع نصوصاً خاصة على التصرفات التي يتطلب فيها القانون الشكلية، وبالأخص تلك التصرفات الواردة على العقار فهي تتطلب مجموعة من القواعد القانونية الواجب احترامها؛ وإلا اعتبرت هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقاً[1]

يتمثل جزاء تخلف الشكلية في التصرفات التي جعلها المشرع ركنا لانعقادها، في بطلان العقد، كالعقود الواردة في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، أما التصرف الذي لا يشترط القانون فيه شكلا معينا ويكتفي فيه بالرضا لانعقاد العقد وكذلك المحل والسبب، فلا يبطل فيها التصرف[2]

إغفال الشكل المطلوب لانعقاد العقد يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، حيث يكون العقد منعدم الوجود ولا يرتب أي أثر قانوني، ولا يجوز لأي كان أن يدعيه أو يتمسك به[3]

إن زوال الرسمية عن الورقة الرسمية يجعل لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات إذا وقع عليها ذوي الشأن أي توفرها على شروط العقد العرفي، وهذا ما نصت عليها المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، متى كان التصرف رضائيا، أما إذا كان التصرف شكليا فالرسمية تعتبر ركنا فيه ويؤدي تخلفها إلى بطلان هذا التصرف، كما هو الحال بالنسبة

[1]هلالبي خيرة، تربح مخلوف، "أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد02، 2017، ص354

[2]ديش تورية، المرجع السابق، ص498

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 23.

لعقد بيع العقار أو عقد الرهن الرسمي وغيرها من العقود، ففي هذه الحالة لا يكون للمحرر الرسمي أي قيمة[1].

لقد استقر اجتهاد المحكمة العليا، وبشكل واضح منذ صدور القرار المبدئي المشهور للغرف المجتمعة والمؤرخ في 18/02/1997 ملف رقم 136156، على أن العقود المنصبة على نقل ملكية العقارات أو الحقوق العقارية تحرر وجوبا في الشكل الرسمي، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا، إضافة إلى الشكل الرسمي ضرورة استيفاء الشهر العقاري المادة 324 مكرر 1و 793 من ق.م و12 من الأمر رقم 70/91، و16 من الأمر 74/75، وبهذا الموقف الجديد التاريخي وضعت المحكمة العليا حدا للتناقض وعدم الوضوح في الاجتهاد القضائي القديم الذي كان حاصلا في هذا المجال، في السبعينات والثمانينات وبداية التسعينات، وخاصة بين الغرفتين المدنية والتجارية؛ ومنه يتضح لنا جليا أن الشكلية الرسمية التي أشارت إليها المواد 79 من القانون التجاري و324 المادة مكرر 1 من القانون المدني و 12 من الأمر رقم 70/91 المؤرخ في 15/12/1970، هي ركن في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق، ومن ثم فإن البيع العرفي بصددها يقع باطلا، ويستوجب إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها سابقا بقوة القانون؛ ذلك أن تخلف الشكل الرسمي في المعاملات العقارية يمنع قيام العقد قانونا وهو ما سيساعد لا محالة على تدعيم وتوحيد الاجتهاد القضائي، ومتانة العدالة، وزيادة مصداقيتها على العموم (م 10 من القانون رقم 89/22 المؤرخ في 12/12/1989)، وعليه فإن نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري يقتضي الشكل الرسمي وإيداع الثمن لدى الموثق تحت طائلة البطلان، ذلك أن العقد العرفي لا ينقل الملكية العقارية، وإنما يكرس التزامات شخصية لا تؤدي إلا إلى تعويضات مدنية في حالة عدم التنفيذ، إن نقل الملكية العقارية لا يتم قانونا إلا بموجب عقد توثيقي مشهر فإنه يستوجب في العقود الناقلة للملكية العقارية، أو لأي حق عيني عقاري آخر،

[1] ديش تورية، المرجع السابق، ص498.

إضافة إلى الشكل الرسمي الشهر العقاري (م 324 مكرر و 793 من ق.م) ؛ ويعتبر الدفتر العقاري بهذا الصدد سندا للملكية (م 19 من الأمر رقم 75/74 الصادر في 12/11/1975)[1]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى سابقا مبدأ الرضائية في عقود البيوع العقارية، فكان يعترف بالعقود العرفية في مجال المعاملات العقارية، إلا أنه قد تخلى عن هذا المبدأ تدريجيا، فكانت بداية التحول بموجب قانون المالية 1965، الذي أوجب الشكل الرسمي في بعض التصرفات بعوض دون ترتيب البطلان على تخلف الشكلية، غير أنه لم يتضح موقف المشرع الجزائري إلا بعد صدور قانون التوثيق، الذي أوجب الرسمية كركن للانعقاد في جميع العقود الواردة على العقارات تحت طائلة البطلان المطلق، ولم يعد بذلك للمحرر العرفي أي حجية، حيث نص على ما يلي[2]: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية العقارات أو حقوق عقارية أو يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"، وقد تأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر 74/75 [3]، لاسيما المرسوم التطبيقي له رقم 76/63 بموجب نص المادة 61 منه: "يقدم على الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار"، وأمام عدم تخصيص نص خاص لإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني، فإن ذلك قد شكل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة، غير أنه سرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني، أدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص321-322.

[2] أنظر المادة 12 من قانون رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق جريدة رسمية، رقم 70/107.

[3] الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12 أكتوبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، جريدة رسمية، رقم 75/92.

1 من القانون 88/14 المؤرخ في 03/05/1988، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري أكدت صراحة على الرسمية كركن للانعقاد ورتبت البطلان المطلق جزاء تخلفه[1].

إن التصرف الشكلي وفقا للأشكال والمضامين المعينة التي يفرضها القانون يستوجب تدخل شخص محدد لتحريره، وتعد الشكلية هنا ركنا لقيام العقد ولصحته ولإثباته قانونا، ومن ثم فإن انعدامها كما لو كان العقد عرفيا تمنع قيامه ويعتبر العقد باطلا، بل منعدما من الناحية القانونية وهذا وفقا لما صرحت به المادة 324 مكرر 1 من ق.م المضافة بالقانون رقم 88/14 بقولها: يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها..."، ولا يجدي هنا الإقرار بحصول الاتفاق الشفوي، ولا يجوز توجيه اليمين عند تخلف الكتابة الرسمية في العقود الشكلية ولا حتى الحكم بتوثيقه وتسجيله[2]، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 79 من القانون التجاري على أن:" كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط او صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

ويجب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل ما يلي:

1 – اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات،

2 – قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري،

---

[1]حسناوي أسماء، "الوعد بالبيع العقاري بين التشريع والاجتهاد القضائي"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10، العدد 01، 2022، ص 15.

[2]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص320.

3 – رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالاستغلال مند أكثر من ثلاث سنوات

4 –الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة،

5 –وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل

ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة أنها بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة"[1]

الفرع الثاني: تخلف شكلية الإثبات

الاثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية، أي وضع يرتب حقا أو يعدله أو يرتب انقضاءه، سواء أكان حقا موضوعيا أم حقا متعلقا بالإجراءات، والوقائع القانونية إما أن تكون تصرفات قانونية، وإما أن تكون مجرد أفعال مادية من فعل إنسان كإرتكاب جريمة، أو من فعل الطبيعة[2]

تناول المشرع الجزائري الكتابة كأول دليل من أدلة الإثبات في المواد 323 إلى 332 من القانون المدني ناهيك عن بعض الأحكام الواردة في قانون التوثيق والقوانين العقارية، وقسمها إلى طائفتين هما، كتابة رسمية وكتابة عرفية، ولكل أحكامها الموضوعية وحجيتها، ويوجد فرق آخر هو أن الورقة الرسمية يمكن أن تمهر بالصيغة التنفيذية كما هو الحال في عقد اعتراف بدين أو عقد ايجار أو عارية محدد المدة، أما الورقة العرفية فتحتاج إلى حكم أو أمر قضائي لتثبيتها قبل القيام بتنفيذها[3]

---

[1] الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

[2] أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، بدون سنة، ص 13.

[3] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 238.

لقد نظم المشرع طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 333 ق. م: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك." بمقتضى هذا الحكم وفي حالة إنكار المدين يجب على الدائن لاستيفاء حقه أن يثبته كتابة[1]

أما إذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانونا، إذ يمكن إثبات هذا التصرف بالإقرار أو اليمين، أما إذا تطلب القانون شهر تصرف معين كتسجيل التصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، وبعض الحقوق الشخصية التي ورد النص عليها أو تطلب القيد بالنسبة للتصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا شأن لهذين الإجراءين بانعقاد التصرف؛ ففي الحالة الأولى إذا لم يتم الشهر فإن التصرف ينعقد ولكن تتعطل بعض آثاره وهي عدم انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير، وفي المثل الثاني ينعقد الرهن وينتج آثاره فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسرى في حق الغير إلا بتمام القيد، ويلاحظ أن الرسمية لا تغني عن الشهر وكذلك العكس، فالرهن الرسمي لا ينعقد إلا بكتابة رسمية، ولابد مع ذلك فضلا عن هذه الكتابة الرسمية من قيده كي يسرى في حق الغير، وبيع العقار إذا اتفق على أن يكون بكتابة رسمية فإن شهره لا يغني عن هذه الكتابة الرسمية ؛ بل لابد من استيفاء الإجراءين[2]

---

[1]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 242-243

[2]محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 14.

من مصلحة الخصوم اعداد الدليل مقدما لإثبات تصرفاتهم القانونية، والدليل الكتابي هو أهم الأدلة المهيأة، وبذلك يطمئن المتعاقد الى امكان اثبات حقوقه عند المنازعة فيها[1]

للتمييز بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات، فإن إغفال الشكلية الأولى يمنع قيام العقد، حيث يكون منعدم الوجود ولا يرتب أي أثر، ولا يجوز لأي كان أن يدعيه أو يتمسك به، أما إغفال شكلية الإثبات فتجعل المتعاقد في وضع عسير وصعب بخصوص إثبات وجود العقد، غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات؛ فإلى جانب الإقرار يجوز أحيانا الاعتداد بالقرائن وباليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل[2].

–لقد تطرق المشرع الفرنسي في القانون المدني إلى مسألة الإثبات والانعقاد، حيث فصل بينهما من حيث الشكل الذي يتطلبه القانون كركن في إثبات العقد، عن الشكل كركن في إنعقاد العقد، بحيث أن عدم صحة شكلية الإثبات لا يؤثر على فعالية وصحة ركن الشكلية في انعقاد العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 1173 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالأمر عدد 131 لسنة 2016 مؤرخ في 10 فبراير 2016 مادة 2.

إلا أن عدم صحة شكلية الانعقاد يؤثر على صحة شكلية الإثبات، وهذا يرجع إلى الجزاء المترتب على تخلف ركن الشكلية في انعقاد العقد، حيث يترتب البطلان المطلق ويصبح العقد منعدم الوجود القانوني، ورجوع الحالة التي كانت قبل العقد، وبالتالي عدم وجود عقد، فكيف تتواجد مسألة إثباته، وهذا ما يدل على أهمية الشكلية كركن لقيام العقد.

حيث تنص المادة 1173: أمر عدد 131 لسنة 2016 مؤرخ في 10 فبراير 2016 مادة 2

---

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 91.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 243

النماذج المطلوبة لأغراض الإثبات أو الحجية ليس لها أي تأثير على صلاحية العقود[1].

[1] Ordonnance n 2016-131 du février 2016-art 2 modifiant le code civil français, Art 1173 : Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 art 2, Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats

خلاصة الفصل الأول

ختاما لما تم دراسته في هذا الفصل ننوه بتقسيم الدراسة إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول لمفهوم الشكلية في العقود التقليدية، التي كانت لزاما علينا التطرق إليها لتقديم تعريف شامل لها من المنظور الفقهي والقانوني، حيث عرضنا عدة تعريفات فقهية لأبرز الفقهاء كالفقيه الألماني إهرينج، وفي المقابل حاولنا البحث عن تعاريف في القانون المدني للشكلية، حيث لم نجد تعريفا وإنما تطرق إليها المشرع الجزائري من مفهوم العقد الرسمي في نص المادة 324، ثم تطرقنا بعد ذلك إلى صور الشكلية المتمثلة أولا في الكتابة بنوعيها الرسمي والعرفي، وثانيا التسليم الذي بدوره ركن مهم في إنعقاد العقود العينية، ما دفعنا للبحث في مدى وجود هذه العقود في التشريعين الفرنسي والجزائري، حيث توصلنا إلى إعتمادها من قبل التشريع الفرنسي في قانونه المدني، من أهمها عقد العارية، عقد الوديعة، عقد القرض الإستهلاكي، حيث أن هذه العقود عرفها المشرع الفرنسي بالتسليم، الذي جعلة ركن فعال في تكوينها، خلافا للتشريع الجزائري الذي عرف هذه العقود على أنها رضائية وجعل التسليم إلتزام وليس ركن.

بالنسبة للمبحث الثاني تضمن تثمين الشكلية في العقود التقليدية من خلال التعرف على بواعث إرساء الشكلية في العقود التقليدية، والتي قسمناها من منظورنا الخاص، ورأينا أن هذه البواعث كرست من أجل أولا جدية التعاقد وثانيا حماية المتعاقدين، فالأولى ربطناها بنظرية العقد، حيث أن تفعيل ركن الشكلية في إبرام العقود، يساهم في تحسين وتطور نظرية العقد، من خلال ضبط مبدأ سلطان الإرادة، من حيث العيوب التي قد تعتري العقد من غلط وتدليس إكراه واستغلال، حيث أن الشكل المحدد قانونا والذي يفرغ فيه العقد يحول دون حدوث هذه العيوب، والثانية ربطناها بنظرية الإثبات، حيث نرى بالدور الفعال للشكلية في فعالية نظرية الإثبات، كون أنه لو يكرس المشرع الشكلية في إنعقاد غالبية العقود، تكون هنا مسألة الإثبات سهلة لا تثير أي استحالة، مما يقلص من عدد المنازعات المطروحة أمام القضاء، فبتوفر الشكلية

لا مجال للاحتيال والتلاعب بالحقوق، هذا ما دأب إليه المشرع الجزائري من خلال النص على جزاء تخلف شكلية الانعقاد، مرتبا البطلان المطلق للعقد وانعدام وجوده القانوني، خاصة إرجاع حالة المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وبهذا لم يفسح المشرع المجال للأطراف في التلاعب بمضمون العقد، والمساس باستقراره العقدي، وأيضا جزاء البطلان النسبي عند تخلف شكلية الإثبات، حيث تجدر الإشارة إلى أن عدم صحة شكلية الإثبات لا تؤثر أبدا على صحة شكلية الإنعقاد، كما أنه يمكن الاعتماد على الشكلية كركن في قيام العقد في إثبات ذات العقد، ومنه نقول صحيح أن الرضائية هي الأصل في العقود، باعتبار أن الإرادة مناط التصرفات القانونية، إلا أن الشكلية جاءت لتفعيل دور الرضائية في تكوين عقود سليمة ومستقرة.

الفصل الثاني: توجه المشرع لاعتماد الكتابة الرسمية في العقود التقليدية

إن العقود التقليدية هي التي يتم إبرامها بوسائل تقليدية معروفة للتعبير عن الإرادة كاللفظ، أو الكتابة، أو الاشارة المفهومة، أو اتخاذ مسلك لا تدع ظروف الحال شكا على أن المراد منه إبرام العقد، سواء بين حاضرين في مجلس واحد، أو بين غائبين[1]

إن القاعدة العامة التي تحكم مسألة إبرام العقود هي ركن التراضي الذي يكون وحده كاف لانعقاد العقد مما يجعل العقود كلها رضائية، إلا أن هذه القاعدة العامة لا تأخذ على إطلاقها وترد عليها استثناءات عديدة منها وأهمها العقود الشكلية المفرغة في قالب شكلي يحدده القانون؛ بحيث يعتبر ركنا في انعقادها والتي لا تقوم بدونه ولا يأخذ وجودها بعين الاعتبار من الناحية القانونية[2]

هذه الشكلية تتسم بالأهمية بالنسبة للتصرف في حد ذاته كونها قد تكون ركنا فيه أو وسيلة لإثباته أو قرينة على صحته، وذات أهمية أيضا بالنسبة لأطراف التصرف إذ توفر لهم الحماية لاسيما بالنسبة للطرف الضعيف إذا اختاروها باتفاقهم، وبذلك يكون الشكل باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة وقيدا عليها متعدد الوظائف حسب مختلف صوره، فيكون للإثبات أو الانعقاد أو إجراء مفروض قانونا لابد من استيفائه.[3]

كما أن التشريعات السابقة لقانون نابليون لم تكرس الشكلية في العقود كأصل، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، الذي اعتبرها مجرد استثناء على مبدأ الرضائية، كما جاء في المواد 324 و324 مكرر من القانون المدني الجزائري، واكتفى بالأركان الأصلية وهي الرضا والمحل والسبب كأصل في ابرام العقود، وإضافة الركن الرابع المتمثل في الشكلية كاستثناء في العقود التي تقتضي الشكل في ابرامها[4].

---

[1]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص 51.

[2]فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص 199.

[3]الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 93.

[4]مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص264-263.

تنطوي الكتابة الرسمية ضمن الشكلية التي تتسم بدور مهم في الإثبات، لاعتبارها من أهم وسائل وطرق الإثبات جميعها لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، لذلك جعل منها المشرع أداة إثبات جوهرية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، فأهمية الإثبات بالكتابة تظهر في الحالة التي يقوم فيها الأفراد بإبرام تصرفات قانونية ما بحيث تقتضي مصلحتهم أن يعدوا الدليل أولا، تفاديا لما قد يطرأ فيما بعد بشأن نزاعات تتعلق بتلك التصرفات المبرمة سابقا، فأهمية هذه الوسيلة تتمثل في إمكانية تهيئتها مقدما، فتقلل من احتمالات النزاع وحسمه بالفصل فيه، خاصة أنها لا تتعرض للتغيير بمرور الوقت، و تسهل كشف أي تزوير بعكس الوسائل القانونية الأخرى[1]

وفقا لما تم دراسته، خصصنا هذا الفصل لدراسة توجه المشرع نحو انتقاء الكتابة الرسمية ركنا في العقود التقليدية، وفق مبحثين، تضمن المبحث الأول الكتابة الرسمية لانعقاد العقود التقليدية، أما المبحث الثاني خصص الكتابة الرسمية لإثبات العقود التقليدية.

[1]بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 372.

المبحث الأول: الكتابة الرسمية لانعقاد العقود التقليدية

التشريع الجزائري أولى عناية خاصة للكتابة وأوجب اتباع إجراءات شكلية دقيقة في تحرير العقود التي تتضمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، وأن كل عقد لا يتم وفقا للإجراءات المقررة، يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تقتضي بأنه " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد "[1]، وكان محتوى هذه المادة تتضمنه المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتعلق بالتوثيق وقانون المالية رقم 1965 المؤرخ في 08 أفريل 1965 الذي فرض دفع مبلغ البيع بين يدي الموثق في المعاملات العقارية، وكذلك المادة 71/فقرة 02 من القانون المدني التي تنص على أنه:" إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"، مثل ما هو الحال في العقارات، وكذلك المادة 55 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/12/1990 المتضمن التوجيه العقاري التي تنص على أن: "المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية تنجز في شكل عقود رسمية"، وإن المادة 56 منه اعتبرت أن كل معاملة تمت خرقا لأحكام المادة 55 السالفة الذكر، باطلة وعديمة الأثر[2].

الحكمة من اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي هي رغبة المشرع في تنبيه الراهن إلى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه، فلعله أن يتروى ويتبصر قبل إبرام العقد[3]

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 58.

[3] أحمد عرفة أحمد يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص551.

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث جاء المطلب الأول بعنوان انعقاد العقود المدنية، أما المطلب الثاني تضمن انعقاد العقود التجارية.

المطلب الأول: انعقاد العقود المدنية

يعد موضوع الشكلية في مجال التصرفات الواردة على العقار من أهم المواضيع القانونية التي لاقت اهتمام التشريعات لاسيما التشريع الجزائري، نظرا لبعض العوامل على رأسها الوضع العقاري المزري الذي خلفه الاستعمار، وظهور محاولات النهب والمضاربات في العقار خارج الأطر القانونية والتي هي في تزايد مستمر، ولقد كرس التشريع الجزائري الشكلية كآلية من الآليات التي تعمل على استقرار العقار وثباته ماديا وقانونيا، وتحقيق اليقين والثبات في المراكز القانونية، وضمان إفراغ التصرف العقاري في قالب رسمي ومراعاة نفاده وترتيب أثره العيني[1]

أول نص قانوني جزائري أشار صراحة لمسألة الشكلية لاسيما بشأن المعاملات العقارية هو قانون المالية لسنة 1965 الصادر تحت رقم 361/64 المؤرخ في 31 ديسمبر 1964 الذي أوجب الشكل الرسمي في بعض التصرفات بعوض دون أن يوجب هذه الشكلية تحت طائلة البطلان، إذ وضعت لحماية المتعاقد الذي يتمسك بوجوب الإثبات بهذه الطريقة، زيادة على الأغراض المالية البحتة التي كان يهدف إليها المشرع كوجوب دفع الثمن إجباريا بين يدي الموثق، ولم يتضح موقف المشرع الجزائري من الشكلية إلا بعد صدور الأمر 90/71 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق، المطبق ابتداء من يوم أول جانفي 1971، الذي أوجب الرسمية في التعاقد الوارد على العقار، ولم يعد بذلك للعقد العرفي أية حجية، كما أوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان، حيث نصت المادة 12 من قانون التوثيق لسنة 1970 على مايلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص491.

الشكل الرسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"

فهذه المادة أضفت حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقار، فلا يكفي توافر الرضا والمحل والسبب وأهلية إبرام العقود بل لابد من إتباع شكل معين يتمثل في الكتابة الرسمية التي هي ركن للانعقاد ولصحة العقد[1]، إن الشكل الرسمي في التصرفات العقارية أشد القيود الشكلية على الارادة[2]

تلعب قاعدة الرسمية دورا مهما في مختلف الأنظمة العقارية من بينها التشريع الجزائري لما تنطوي عليه من مزايا متعددة لحماية المصلحة العامة وكذا المصلحة الخاصة[3].

فرض المشرع الجزائري الرسمية في كل التصرفات الواردة على العقار من بينها البيع العقاري و الوعد بالبيع العقاري، فالرسمية هذه ركنا لانعقاد إلى جانب الأركان العامة الأخرى، و قد فرضت باعتبارها وسيلة فعالة لترقية واستقرار المعاملات القانونية في المجال العقاري، من أجل ذلك أوكل المشرع الجزائري لشخص مؤهل قانونا ذو خبرة وكفاءة عالية في هذا المجال، يتولى تحرير العقود و إضفاء الصبغة الرسمية على تلك المحررات الناقلة للملكية والحقوق العقارية، هذا الشخص هو الذي حدده المشرع بموجب أحكام المادة 324 من القانون المدني، المتمثل في موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة[4]

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 53-54.

[2]أكو فاتح حمه رهش، المرجع السابق، ص72.

[3]ديش تورية، المرجع السابق، ص496

[4]قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، "الرسمية في الوعد بالبيع العقاري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 07، العدد 13، جوان 2019، ص113-114.

وعليه نستهل الدراسة في هذا المطلب المتعلق بانعقاد العقود المدنية، بعقد البيع العقاري ضمن الفرع الأول، وعقد الوعد بالبيع العقاري ضمن الفرع الثاني، بإعتبارهما من العقود المدنية والتي نص عليهما القانون المدني المتضمن الإطار القانوني الخاص بهما.

الفرع الأول: عقد البيع العقاري

يعد عقد البيع الوارد على العقار من أهم العقود المدنية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني، كما خصص لهذا العقد أوامر تتضمن أحكام نقل الملكية العقارية، حيث يرتبط ارتباطا وثيقا بمجموعة من الإجراءات اللازمة سواء على مستوى الموثق أو المحافظ العقاري، ولأهمية هذا العقد إرتأينا التفصيل في نظامه القانوني من لحظة ابرامه إلى لحظة نقل ملكية العقار للمشتري.

أولا: مفهوم العقار

لتحديد مفهوم العقار لابد من التطرق إلى تعريفه ثم البحث في أنواعه، خاصة وما يقابلها من نصوص قانونية في القانون المدني الجزائري، وكيف فصل المشرع في هذه الأنواع.

1-تعريف العقار:

العقار هو مصطلح مشتق من كلمة عقار وهو كل شيء ثابت في حيزه لا يمكن نقله إلا إذا تم اتلافه، مع الاشارة أن مصطلح (foncier) باللغة الفرنسية أشمل من مصطلح (immobilier) على أساس أن المصطلح الأخير يحمل فقط معنى العقارات المبنية في حين مصطلح الأول يحمل معنى العقارات المبنية وغير المبنية[1].

---

[1] هاجر عبد الدايم، "الدفتر العقاري كسند في إثبات الملكية العقارية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2022، ص1945.

2-أنواع العقار:

العقار أنواع الأول بطبيعته، والثاني بموضوعه والثالث بالتخصيص.

أ-العقار بطبيعته: Immeuble par nature

العقار بطبيعته هو ذلك الشيء المادي الذي يتمتع بموقع ثابت غير متنقل وينطبق هذا على الأرض، التي تعد أصل العقار وكل ما يتصل ويرتبط بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات وأشجار، وهذا ما تم تحديده بموجب المادة 683 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على:"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"، اشترطت هذه المادة في العقار أن يتمتع بالثبات والاستقرار، وهذا يتحقق بعدم إمكانية نقله دون تلف، فالعقار بطبيعته يشمل ثلاثة أنواع هي الأرض، النبات، والمنشآت، فالأرض هي عقار أصيل [1]، لا فرق في الأرض أن تكون قد أعدت للزراعة أو للبناء، وتعتبر من العقارات بطبيعتها الأبنية المشيدة فوق الأرض على سبيل الثبات والاستقرار، فالأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها تعتبر عقارات دون النظر إلى مالكها فلا يؤثر في طبيعتها العقارية إن كان مالكها غير مالك الأرض المقامة عليه، كالأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على الأرض المؤجرة فهي تعتبر عقارات بطبيعتها مادامت ثابتة ومستقرة في الأرض[2]، أما النبات فهو كذلك عقارا، ما كان متصلا اتصالا مباشرا، حيث يخرج عن مسمى العقار النباتات الموضوعة في أصاص أو أواني، فإنّ النبات هو كل ما تنبته الأرض من ثمار، ومحصول زراعي وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل، ما دامت جذوره ممتدة في باطن الأرض، فهو عقار[3]، بالنسبة للمنشآت هي عقارات

---

[1]جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البع العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية: 2001-2012، ص 16.

[2]إلغات ربيحة، المرجع السابق، ص 187.

[3]جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 16.

بطبيعتها وتشمل جميع أنواع المنشآت المقامة عليه سواء على سطح الأرض أو تحتها كالمساكن والمصانع والجسور والمخابئ والأنفاق والآبار وأعمدة الإنارة طالما أنها مثبتة في الأرض، تتخذ حيزا ثابتا ومستقرا فيها، ويعتبر البناء ثابتا ولو كان من الخشب مادام مستقرا في الأرض[1]

ب-العقار تبعا لموضوعه:Immeuble par objet

العقار تبعا لموضوعه يشمل الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي ترد على العقار، كذلك يشمل الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار[2]، حيث عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 684 من القانون المدني بقوله: " يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار "، وعليه الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن، والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز تعد عقارا إذا كان موضوعها عقارا، غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعا منقولا[3].

فحسب ما نصت عليه المادة 684 من القانون المدني الجزائري على الدعوى الواردة على عقار والتي تعني الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء، فهي تعتبر عقارا بحسب موضوعها إذا كانت متعلقة بعقار، وهذا ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث أوجبت شهر هذه الدعوى ومن المعلوم أن الشهر يختص به العقار[4].

---

[1]إلغات ربيحة، "الملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 50، العدد 05، 2013، ص 188.

[2]خويرة محمد بن قادة، "النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاص"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2016، ص 25.

[3]إلغات ربيحة، المرجع السابق، ص 188-189.

[4]جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 17.

ج- العقار بالتخصيص:Immeuble par destination

العقار بالتخصيص هو عبارة عن منقول بطبيعته؛ إلا أن القانون قرر اعتباره عقارا، كون مالكه قرر وضعه في عقار يملكه من أجل خدمته واستغلاله على وجه معين، فهو شيء منقول بطبيعته يمكن نقله أو انتقاله من مكان إلى آخر، غير أنه مرتبط بعقار بطبيعته ويشكل معه مجموعة اقتصادية واحدة، فلا ينفصل عنه لأن هذا الانفصال يترتب عليه تعطيل استغلال العقار الذي خصص له، أي أن القانون يعتبرها عقارات بصورة وهمية بسبب صلتها بالعقار، ومنه يخضعها لنفس النظام القانوني الذي يخضع له العقار [1]

مثال ذلك شخص يملك قطعة أرض زراعية ويقوم بوضع خزان ماء لري محاصيله الزراعية، فهذا الخزان يعتبر بطبيعة الحال منقول كونه غير متصل بالأرض ويمكن نقله من مكانه إلى أخر دون أن يتسبب ذلك في إتلافه، إلا أن تخصيصه لخدمة الأرض جعل منه عقار بالتخصيص، بهذا يعتبر عقارا بالتخصيص حكما، أي بحكم القانون لا بطبيعته، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني التي تنص على:" غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص."[2]

هذه الفكرة التي جعلت من المنقول المرتبط بالعقار عقارا بالتخصيص وردت في القانون عن طريق الافتراض أو الحيلة القانونية، والتي توصل إلى شمول أحكام العقارات عن المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله، لتأمين الاستمرار بخدمته أو استغلاله بما يترتب منعا على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام، وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته، وهذا يعرقل أو يعطل منفعة العقار أو استغلاله، حيث من شروط صيرورة المنقول عقار بالتخصيص هو أن يكون لدينا منقول بطبيعته وعقار بطبيعته، ومالك العقار هو

---

[1] خويرة محمد بن قادة، المرجع السابق، ص 25.

[2] نفس المرجع، ص 25.

مالك المنقول في الوقت نفسه، أن تكون هاته المنقولات لخدمة العقار، توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رغبة رابطة المنقول والعقار [1]

بالتالي كل شيء له موقع ثابت ولا يمكن نقله منه دون تلف هو عقار بطبيعته كالأرض والمباني والنباتات، إلا أنه لهذه القاعدة استثناءات فهناك بعض الأشياء منقولة بحسب أصلها وطبيعتها ولكن القانون يعتبرها عقارات[2].

ثانيا: إجراءات عقد البيع العقاري

من أجل الإلمام بإجراءات عقد البيع المنصب على العقار، ارتأينا التطرق إلى دراسة الكتابة الرسمية ودورها في إنعقاد هذا العقد، وكذلك التسجيل والشهر العقاري، ودورهما في تنفيذ عقد البيع العقاري.

1-الكتابة الرسمية:

لا يمكن إنكار أن عقد البيع العقاري من أهم العقود المتعلقة بنقل ملكية العقار، كونه من قبيل العقود الشكلية الذي يستوجب القانون ابرامه وفق كتابة رسمية يختص بها الموثق، حيث نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على إخضاعها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان كونه من النظام العام، حيث أن عقد البيع العقاري لا يرتب الأثر العيني إلا بعد شهره في مجموعة البطاقات العقارية، ومسألة الشهر لا تؤثر على صحة العقد الرسمي كونه غير المشهر؛ ولكن كل ما يترتب عليه هو توقف عملية نقل الملكية للمشتري لأنها تبقى في ذمة البائع، وعليه العقد الرسمي غير المشهر يرتب فقط التزامات شخصية فيما بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فلا بد من مراعاة أحكام المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، وهذا ما كرسته المحكمة في قرار مؤرخ في 21/10/1990 تحت رقم 68467 حيث أكدت على

---

[1] إلغات ربيحة، المرجع السابق، ص 189-190.

[2] خويرة محمد بن قادة، المرجع السابق، ص 25.

عملية الشهر العقاري الوحيدة في نقل ملكية العقار من المالك الأصلي له إلى المشتري، وهذا طبقا لأحكام المادة 793 من القانون المدني[1]

يدخل في هذا الإطار عقد بيع عقار بناء على التصاميم الذي نظم المشرع أحكامه في القانون 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 وأن المادة 34 منه نصت على أنه:" يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والاشهار"، فكل عقد بيع عقاري مهما كان شكل إطاره القانوني يخضع لزوماً للشكل الرسمي ويخضع لعملية الشهر العقاري حتى تنتقل الملكية العقارية للمشتري، وما يقال على عقد البيع يقال كذلك على عقد المقايضة تطبيقاً لأحكام المواد 413 – 415 من القانون المدني، وبالتالي فإذا انصب عقد المقايضة على عقار فإن الملكية لا تنتقل فيه إلا بمراعاة إجراءات التوثيق والشهر العقاري[2] .

إن أهم فارق يسجل بين عقد بيع العقار وعقد بيع المنقول هو وجوب إفراغ العقد الناقل للملكية العقارية في قالب رسمي وينجم عن غياب هذا الركن الجوهري البطلان المطلق، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بقولها:" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي"[3]

إن كان القانون المدني لم ينص صراحة وقت صدوره سنة 1975 على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي، إلا أن الإحالات على القوانين الخاصة المعمول بها كافية للقول بأن المشرع قد جعل من الرسمية شرطا أساسيا لانعقاد تلك التصرفات، وقد تأكدت هذه القاعدة

---

[1]عبد الكريم جواهرة، "المحررات الخاضعة للشهر"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 06، العدد 03، ديسمبر 2022، ص 63.

[2]نفس المرجع، ص 63.

[3]حسناوي أسماء، المرجع السابق، ص 15.

الإلزامية بعد صدور الأمر التشريعي رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وتبين ذلك بوضوح بعد صدور النص التطبيقي له المتمثل في المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث نص في المادة 61 منه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"، ورغم هذه النصوص المتفرقة، إلا أن عدم تخصيص نص واضح في القانون المدني بشأن إبرام العقود الواردة على العقارات وإخضاعها وجوبا للشكل الرسمي، قد شكل برأينا أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة، وسرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني أدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر 1 المستحدثة بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للقانون المدني، وهذه المادة أكدت صراحة على الرسمية كركن للانعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال حق الملكية العقارية وعلى كل ما يرد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية[1].

لقد جعل المشرع قاعدة الرسمية كوسيلة للتنظيم العقاري وتسليم سندات الملكية، من خلال إطلاع الموثق بإفراغ العقد الذي يتضمن المعاملة العقارية في الشكل الرسمي تمهيدا لشهره، بحيث يضمن احتراما للشروط القانونية الخاصة بتعيين الأطراف والعقار التي جعلها المشرع من الشروط المطلوبة للحفظ العقاري، بالتالي فالعقد الرسمي يساعد في تكوين البطاقات العقارية، ويساهم الموثق بذلك بالتعامل مع مصالح التسجيل والشهر من أجل تدعيم وتكوين السجل العقاري، طبقا للمادة 61 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، فلو ترك المشرع هذه المعاملات إلى مبدأ الرضائية، فإنه سوف

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 59-60.

يؤدي إلى المضاربات العقارية وسيزعزع الاستقرار والأمن العقاري، مما يؤدي إلى نشوب منازعات معقدة يصعب حلها[1]

عقد البيع العقاري هو ناقل للملكية العقارية، لكن يشترط المشرع الجزائري لصحة ذلك أن يكون عقد البيع محررا بصفة رسمية أمام الموثق أو من هم في حكمه[2]

جاء في المادة 793 من القانون المدني: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في الكثير من المنازعات المعروضة عليها ومن ذلك مثلا، قرار الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 23/05/1997 والذي جاء فيه:

من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون، ولم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية.

وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون[3]

---

[1] ديش تورية، المرجع السابق، ص497

[2] عيسى أحمد، "اسباب كسب الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، 2015، ص 353.

[3] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص38.

يعتبر الشهر العقاري إلزاميا بالنسبة لجميع التصرفات القانونية التي تنشئ الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها، سواء أحدثت بوجود إرادتين كعقد البيع، المقايضة أو نتيجة توفر إرادة منفردة مثل الوصية، والوقف وهذا ما أكدته المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، بقولها:" لكل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكله الرسمي"[1]

تعتبر اللحظة التي تنتقل فيها ملكية الممتلكات إلى الطرف الآخر مهمة للغاية في تحديد ما إذا كانت هناك مسؤولية معينة تنشأ[2].

من خلال ما تم التطرق إليه في دراستنا، نرى بأن المشرع أصلا في مجال العقود التقليدية كان توجهه ملحوظ نحو تجسيد الكتابة الرسمية في ابرام أهم العقود التقليدية، كالتي تنصب على العقار الذي له وزن اقتصادي ومالي كبير، حيث أن طبيعته تستدعي التعامل معه بجدية التي لا تحقق إلا بوجود كتابة رسمية تجسد فعلا مضمون العقد، كما نستنتج أن المشرع لم يلغي الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في إبرام أهم العقود، بل وجعل الانطلاقة من هذا المبدأ، إلا أنه لا يكفي في تكوين هذه العقود المهمة، وهذا ما تفرضه طبيعة وخصوصية هذه العقود، التي لا يتجسد مضمونها إلا في وجود ركن فعال تتلاشى معه كل وسائل الغش والاحتيال، فالمشرع ترك لحرية الأطراف مساحة فيما يخص عقود أقل أهمية من العقود التي تبرم رسميا، بغية تقليص الأثار التي قد تنجر عن الاخلال بالتزامات العقد، وهنا يأخذ التعاقد منحى أخر خارج عن مضمون العقد، ما يستدعي البحث عن وسائل فعالة في إثبات الحقوق والالتزامات التي يتضمنه.

[1] بن زيان سعادة، "الشهر العقاري إجراء وجوبي لانتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد01، 2022، ص 737.

[2] Mary Charman, Contract Law Fourth edition, Published by Willan Publishing USA, 2007, P237.

2- التسجيل والشهر العقاري:

يسعى الموثق إلى القيام بإجراء تسجيل العقود المثبتة للتصرفات الواردة على العقار، بهدف تدعيم الملكية العقارية وإعلام الغير بها تحقيقا للائتمان العقاري، حيث يعرف التسجيل أنه إجراء يقوم به موظف عمومي، طبقا للإجراءات المختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة، ويعرف أيضا أنه: " إجراء جبائي يقوم على أساس تسجيل العقود في سجلات رسمية بشرط دفع الرسوم المستحقة للإدارة المكلفة بهذه المهمة، والهيئة التي تتولى قبض رسوم التسجيل هي مفتشية التسجيل والطابع، وهي هيئة عمومية تابعة لمديرية الضرائب الولائية الخاضعة لوصاية وزارة المالية"[1]

وعليه التسجيل هو إجراء قانوني يفرضه القانون على كل التصرفات الرسمية الواردة على عقارات أو على حقوق عينية عقارية، ويتمثل في دفع مصاريف مالية محددة سلفا بموجب قوانين المالية والتسجيل، وتدفع لصالح الخزينة العمومية، ورسوم التسجيل هي عبارة عن مبالغ يحددها التشريع المالي وتحصل من طرف الموثقين والإدارات المختصة، فضلا عن مفتشي التسجيل والضرائب، وهذه الرسوم نوعين؛ قد تكون ثابتة أو نسبية (تصاعدية) تبعا لنوع العقود، والغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية العقارية هو تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحويلات في الملكية خاصة العقارية وإعادة تقويمها وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عليها، والهيئة التي تتولى قبض رسوم التسجيل هي مفتشية التسجيل والطابع وهي هيئة عمومية تابعة لمديرية الضرائب الولائية الخاضعة لوصاية وزارة المالية[2]

تسجيل عقد البيع الواقع على عقار عند إبرام عقد البيع العقاري بين يدي موثق، يلتزم الطرفان بدفع نصف ثمن نقل الملكية على مرأى وبين أيدي الموثق وعلى جميع العقود الموثقة المتضمنة نقلا كليا للملكية

---

[1]ديش تورية، المرجع السابق، ص498

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 170.

لقاء عوض أو نقل جزئي لها، وتكون جميع التحويلات بعوض معنية بإجراء التسجيل حتى وإن لم يضف عليها طابع عقد البيع، وإنما العبرة بتحويل الملكية بعوض، عدل المشرع الضريبة في نسبة الدفعة التي يقدمها الطرفان للموثق، حيث أن التدبير القديم كانت النسبة فيه مقدرة بخمس الثمن المصرح به في العقد، غير أنه بالرجوع لقانون المالية لسنة 2018 أصبحت هذه النسبة تقدر بالنصف، وتتصرف نية المشرع الضريبي من خلال رفع هذه النسبة لأنه عمليا أن الالتزام بدفع الخمس بين أيدي الموثق في حالة نقل الملكية المنصوص عليه في أحكام المادة 256 من قانون التسجيل، لا يضمن وجود خزينة كافية لصالح الدولة لغرض تغطية احتياجاتها التمويلية حيث لا يكفي كذلك لتغطية الديون الضريبية التي لم يلتزم بها بعض المكلفين بالضريبة، ولهذا فإن زيادة المبلغ الذي سيدفع بين أيدي الموثق إلى إجمالي ثمن نقل الملكية الغرض منه ضمان من جهة السيولة اللازمة لخزينة الدولة لتحقيق تنميتها، ومن جهة أخرى تحصيل فعال للضرائب والرسوم على عاتق بعض المكلفين بالضريبة المقصرين، أي تقليص المبالغ التي لم تحصل بعد.[1]

لا يمكن تسجيل العقود المدنية أو التجارية إلا بعد توثيقه، فمرحلة التسجيل تتوسط مرحلتين مهمتين هما؛ التوثيق والإشهار الذي يعتبر آخر إجراء، وتطبيقا لنص المادة 28 من قانون التسجيل فإن الموثق يتولى تحصيل الرسوم والحقوق المالية بمختلف أنواعها لصالح الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها، ويقوم بدفعها أو صبها مباشرة لدى قباضات الضرائب المختصة، وعادة ما يتولى الموثق مهمة الاتصال بمصالح التسجيل والطابع من أجل السعي لتسجيل العقود التوثيقية نيابة عن الأطراف المعنية، مع ضرورة دفعهم مسبقا لحق تناسبي يدفع للخزينة العمومية، الذي يمثل رسوم التسجيل ورسوم الطابع، ويضاف هذا المبلغ إلى مصاريف الإشهار العقاري أو القيد العقاري حسب الحالة[2]

---

[1]بغني شريف، "حقوق التسجيل المطبقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة، المجلد 03، العدد 01، مارس 2020، ص126

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص171-172.

زيادة على مصاريف توثيق العقود، وهذه الأخيرة هي أتعاب خاصة بالموثق ولا علاقة لها بالخزينة العمومية، حيث أن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرهما تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك[1]، غير أن مساهمة عدة موثقين في إعداد محرر رسمي لا يزيد من قيمة الأتعاب، فعمل الموثق من هذه الناحية هو أشبه بمؤسسة لجباية الضرائب وتموين الخزينة العمومية، فهو يقوم بدور الوسيط بين المكلف بالرسوم والضرائب من جهة والخزينة العمومية من جهة ثانية، وحقوق التسجيل قد تكون ثابتة أو نسبية أو تصاعدية، تبعا لنوع المعاملة التي تم إجراؤها وهي تخضع لقواعد النظام الجبائي[2]

يتم تسجيل العقود والتصرفات الناقلة للملكية بعوض أو التصرفات الناقلة للملكية بدون عوض في مكتب التسجيل لدى إدارة الضرائب التي يقع في دائرة اختصاصها مكتب الموثق أو كاتب الضبط الذين قاموا بتحرير هذه العقود، حيث تنص المادة 75 من قانون التسجيل على أنه: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع لدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم، ويسجل أعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط عقودهم، إما في المصلحة التابعة لمحل إقامتهم وإما في المصلحة التابعة للمكان الذي تم فيه اعداد هذه العقود، ويسجل كتاب الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية العقود التي يجب علهم اخضاعها لهذا الإجراء في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم"[3].

---

[1]المادة 393 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص171-172.

[3]بشور فتيحة، "تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص 2543.

فتسجيل العقود التوثيقية عادة في مكتب التسجيل أو مفتشية التسجيل والطابع الذي يوجد فيه مكتب الموثق، أما العقود المبرمة في الخارج على يد القنصليات والمراكز القنصلية الجزائرية في الخارج فيتم تسجيلها في جميع مصالح التسجيل دون استثناء[1]

يقع على عاتق الموثق وفقا للتشريع الجزائري مهمة القيام بإجراء تسجيل التصرفات الواردة على العقار، في أجل لا يتعدى ثلاثين يوما وأي تأخير أو تهاون يعرض الموثق إلى عقوبات، وهذا ما أشارت إليه المادة 15 من قانون التسجيل، ويترتب على عدم قيامه بإجراء التسجيل في المواعيد القانونية، أثارا تتمثل في توقيع عقوبات يتحملها الموثق بسبب عدم التزامه بالتسجيل، وتتمثل في عقوبات جبائية تكون على شكل غرامات مالية، يتم تحصيلها من الموثق الذي يعمل لحسابه الخاص وكذا من أموالها الخاصة، تنص المادة 93 من قانون التوثيق: "إن الموثقين اللذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة، تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطات المختصة التي يتبعها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى، المنصوص عليها في القوانين السارية المفعول عند الاقتضاء..."[2]

بالرجوع إلى المادة 29 من قانون التوجيه العقاري نجدها تنص على :" يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، مما يعني أن إثبات الملكية العقارية الخاصة يتطلب وجود سند رسمي يخضع إلى الشهر العقاري، أصبحت التصرفات في المسائل العقارية عموما بمختلف أنظمتها القانونية في التشريع الجزائري خاضعة لقاعدة الرسمية؛ بحيث يكون البطلان المطلق هو جزاء الإخلال بها تكريسا لمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي تنص: "زيادة على العقود

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، 185.

[2]ديش تورية، المرجع السابق، ص499

التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار وحقوق عقارية"[1]

الشهر العقاري هو تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العقارية، والتي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية وذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها، ويبدو أن الفقه والقضاء بل وحتى التشريع في الجزائر، لم يستقروا على مصطلح موحد، فأحيانا يستعمل "الشهر " وأحيانا أخرى " التسجيل " للدلالة على نفس الإجراء[2]

يدخل في نطاق الأمن القانوني، الأمن التوثيقي والذي يأتي مكمل للأمن التعاقدي، وهذا الأخير يمثل متطلبات التعاقد وآثاره مثل القوة الملزمة للعقد والحق في تنفيذ العقد بحسن نية، فالأمن التوثيقي هو تلك الآلية التي يفرضها المشرع لتوثيق العقد وإثباته، كشرط الرسمية في إجراء التصرفات العقارية وعدم الاعتراف بالمحررات العرفية في الميدان العقاري، وذلك بهدف إعطاء حصانة للمعاملات العقارية بالضمانات [3]

تجدر الإشارة إلى أنه سيتم التفصيل أكثر في إجراء الشهر العقاري وذلك من خلال المبحث الثاني المعنون ب ركن الكتابة الرسمية في إثبات العقود التقليدية، انطلاقا من المطلب الثاني المتضمن الشهر العقاري، وتحديدا في الفرع الأول إجراءات الشهر العقاري.

---

[1]سوسن بو صبيعات، "فعالية العقود العرفية الثابتة التاريخ في تطهير الملكية العقارية في الجزائر"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد أ، عدد 43، جوان 2015، ص 204.

[2]زحزاح محمد، يحياوي يوسف، "الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 03، العدد 02، جوان 2015، ص 4

[3]صفاي العيد، "توثيق العقد وحجيته"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، 2022، ص2334

الفرع الثاني: عقد الوعد بالبيع العقاري

عقد الوعد بالبيع العقاري لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه بالرغم من أهميته العملية، بل اكتفى بالنص على الوعد بالتعاقد ضمن القانون المدني، حتى أنه لم يتم تعريف الوعد بالتعاقد، إنما ذكرت شروطه وأحكامه بموجب المادتين 71 و72 من القانون المدني، وعليه ترك أمر التعريف للفقه الذي عرف الوعد بالبيع بأنه:" عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين والذي يسمى بالواعد بأن يبرم عقد بيع مع شخص آخر يدعى الموعود له ببيع شيء معين إذا ما أبدى هذا الأخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة"، أما الوعد بالبيع العقاري، فقد عرف على أنه:" عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بأن يبيع عقاره للموعود له إذا رغب في شراءه خلال مدة محددة، مع إفراغه في قالب رسمي لاستيفاء ركن الشكلية، وذلك أن عقد البيع النهائي يتطلب هذا الإجراء وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد"[1].

إن الوعد بالبيع العقاري هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص هو الواعد بأن يبيع عقاراً إلى شخص أخر هو الموعود له، إذا رغب في شرائه خلال مدة معينة، وبالرجوع لنص المادة 71 من القانون المدني نجدها تنص على أن "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".[2]

[1] حسناوي أسماء، المرجع السابق، ص 5.

[2] عبد الكريم جواهرة، المرجع السابق، ص 65-66.

يعتبر عقد الوعد بالبيع العقاري من العقود التمهيدية التي تحضر لإبرام عقد البيع النهائي، حيث قيده المشرع الجزائري بضرورة إفراغ محتواه في قالب رسمي يحرره شخص مؤهل قانونا وهو الموثق تحت طائلة البطلان[1].

الشروط الشكلية الواجب توفرها في عقد الوعد بالبيع العقاري نصت المادة 71 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي: "... وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"، ولما كان عقد الوعد بالبيع العقاري عقدا شكليا فإنه بذلك يخضع لنفس الإجراءات التي تخضع لها تلك العقود، وتتمثل هذه الإجراءات في الكتابة الرسمية في عقد الوعد بالبيع العقاري[2]، على الرغم من أنه ينشئ حقا شخصيا في ذمة الواعد يتمثل في إبرام العقد النهائي عند حلول الأجل المتفق عليه، إن المشرع لم يكتفي بإفراغ الوعد بالبيع في الشكل الرسمي، بل اشترط فوق ذلك شهر عقد الوعد بالبيع العقاري في المحافظة العقارية، كما أنه لم يضع نصاً صريحاً يشترط فيه شهر عقد الوعد بالبيع صراحة، غاية ما في الأمر، أن المشرع أدرج نص المادة 10 في القانون 22/03 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 التي أشارت صراحة إلى وجوب إشهار عقد الوعد بالبيع العقاري؛ ومنذ ذلك التاريخ أصبح عقد الوعد بالبيع العقاري الرسمي من المحررات الخاضعة للشهر[3]

إن الوعد بالبيع المتعلق بالعقار يجب إفراغه هو الآخر في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، بأن يكون في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعود به (م71/2 و72 و324 مكرر 1من ق.م)، ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتجاج بالوعد بالبيع العقاري في مواجهة الغير، إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري، ولا يمكن الاحتجاج بالوقف إلا بعد استيفاء الشكل الرسمي، وإجراءات الشهر بالمحافظة

---

[1] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص119.

[2] حسناوي أسماء، المرجع السابق، ص 14.

[3] الكريم جواهرة، المرجع السابق، ص 65-66.

العقارية، كما أنه يستوجب شهر الدعاوى العقارية المرفوعة أمام القسم العقاري، في حالة تعلقها بدعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها (م 519 من ق إم إ)[1]

عقد الوعد بالبيع العقاري عقد شكلي بصريح نص الفقرة 02 من المادة 71 من القانون المدني: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"، وعليه أخضع المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان إفراغ كافة التصرفات الواردة على العقار في قالب رسمي، والشكل في هذه الحالة يعود بالفائدة على كل الأطراف المتعاقدة، فبالنسبة للبائع يعد تنبيها له بما هو مقدم عليه، ويعتبر السند العقاري دليلا ماديا للمشتري يشهد له بوقوع التصرف؛ لذلك لابد من تحرير الورقة الرسمية المتضمنة عقد الوعد بالبيع العقاري لدى الموثق، ويجب تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع، وفق ما ينص عليه القانون[2]

يعتبر عقد البيع كقاعدة عامة عقد رضائي ولكن متى انصب على عقار اشترط المشرع الجزائري ضرورة احتوائه على كافة العناصر والمعلومات الضرورية من خلال إتباع شكلية معينة، فرضها القانون بموجب أحكام المواد 324 مكرر 1 من القانون المدني وغيرها من النصوص القانونية التي جاءت لتكرس مبدأ الرسمية في العقود المتضمنة نقل ملكية أو حقوق عقارية؛ فمتى كان عقد البيع العقاري شكليا فإن هذا الشكل يجب توفره في الوعد المتعلق به وهو ما أكدته أحكام المادة 71 في فقرتها الثانية من القانون المدني، حيث ذهبت إلى ضرورة إفراغ عقد الوعد بالبيع العقاري في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، ولا يكون

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص323.

[2] بن خضرة زهيرة، "الوعد بالبيع العقاري كعقد تمهيدي لكسب الملكية العقارية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 15، 2019، ص 212

ذلك إلا من خلال تحرير محتواه من قبل شخص مؤهل قانونا يتولى تحرير العقود الرسمية، كما يجب أن يتضمن ذلك المحرر جملة من البيانات الإلزامية تحت طائلة البطلان[1]

نظرا لكثرة المنازعات التي طرحت نتيجة نكول الواعدين بالبيع عن وعودهم رغم توفر جميع الشروط الجوهرية في عقود الوعد بالبيع الواردة على العقارات، تدخلت المحكمة العليا متخذة منحا قضائيا مخالفا لما قبل سنة 2004، فاعتبرت تصرف الواعد في العقار الموعود به حالة من حالات استحالة تنفيذ الوعد بالبيع، وذلك لاستحالة محله، وبالتالي لا يمكن للواعد تنفيذ وعده، وبذلك يقتصر حق الموعود له على طلب التعويض النقدي فقط، والتي كانت محلا لإصدار المحكمة العليا لعدة قرارات تصب في نفس الرؤية، كان آخرها قرراها بأنه " من المقرر قانونا أنه إذا تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته إلى الغير وتم تسجيل ذلك لدى المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى رفع دعوى التعويض وفقا للمادة 176 من القانون المدني" و المادة 176 من القانون المدني تتحدث على حالة ما إذا استحال على المدين (الواعد) تنفيذ التزامه عينا، أين تلجأ المحكمة إلى الحكم عليه بتعويض مناسب نظير الضرر الذي سببه للدائن (الموعود له) بعدم تنفيذ التزامه بشرط عدم استطاعة المدين إثبات أن استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب خارجي لا يد له فيه، أو أنه تأخر في تنفيذ التزامه عينا بعد إعذاره قانونا، ووضع موضع المقصر بإثبات تأخيره عن الوفاء، وبذلك فإن القضاء اعتبر أن الواعد بغض النظر عن حسن نية المشتري أم لا، فإنه عند إخلاله بوعده و التصرف في العقار الموعود به و انتقال الملكية إلى المشتري بشهره لعقد التصرف بالمحافظة العقارية، يعتبر فقط مخلا بالتزام شخصي يستلزم التعويض دونما اعتبار للفرصة التي ضاعت على الموعود له مادامت قيمة التعويض لا تردع الواعد بالبيع المخل بالتزامه العقدي[2]

---

[1] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص113

[2] شايبي العيد، "ركن الشكل في الوعد بالبيع الوارد على العقار في القانون الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 8، العدد 1، 2022، ص 566-567.

حتى يعتبر الوعد بالبيع العقاري عقدا صحيحا، يجب أن يتم وفقا للأشكال القانونية التي تضمنتها أحكام المادة 324 السالفة الذكر، بمعنى لصحة المحرر الرسمي للوعد بالبيع العقاري، ينبغي أن يحرر من قبل موثق قانونا خوله المشرع الجزائري مهمة تحرير العقود وإضفاء الصبغة الرسمية عليها تحت طائلة البطلان، خصوصا تلك المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية وكذا الوعود المتعلقة به وهو ما جاء في أحكام المادة 03 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وكذا المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني[1].

الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد.[2]

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد[3]

عقد الوعد بالبيع العقاري باعتباره عقد شكلي وجب إفراغه في قالب رسمي وتحريره من قبل أحد الأشخاص (موظف عام، ضابط عمومي، شخص مكلف بخدمة عامة)، وبالتالي فلا يجوز كتابته في شكل عرفي وإلا كان عقد الوعد باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا أنكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت في قضية

---

[1] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 114-115

[2] أنظر المادة 71 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3] أنظر المادة 72 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الحال انعدام وجود وعد رسمي لبيع فيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية القانونية، وأن استجابة القضاة لمطالبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون وفهم اجتهادات المحكمة العليا مما يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة "

كما جاء في قرار آخر لها:

من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي، وإلا كان باطلا [1]

يعتبر الوعد في عقد الوعد بالبيع العقاري بمثابة التزام في ذمة الواعد تجاه الموعود له، بأن يبقى على وعده ببيع العقار الموعود به حتى يتمكن من تنفيذ وعده، وذلك بإفراغه في الشكل الرسمي الذي فرضه المشرع تطبيقا لنص المادة 71 من القانون المدني[2]، ووفقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني السالفة الذكر، ويسنح للموثق تسجيل عقد الوعد بالبيع الوارد على العقار أو أي حق عيني عقاري في مصلحة التسجيل و الطابع وفقا لنص المادة 10 من القانون المتضمن تنظيم مهنة الموثق التي تنص على أنه " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا..." و يشهره بالمحافظة العقارية وفقا لنص المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي جاء فيها " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي..."، وذلك لسببين اثنين هما، اكتسابه تاريخا ثابتا و استخلاص الضريبة المالية للخزينة العمومية كونه عقدا توثيقيا،

---

[1]قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 114

[2] أنظر المادة 72 من القانون المدني الجزائري على أن: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"

يلتزم فيه الواعد بأن يتم العقد الموعود به إذا أظهر الموعود له الرغبة في إبرام العقد النهائي خلال المدة المتفق عليها، حيث يلتزم الواعد شخصيا بأن لا يتصرف في العقار الموعود به وإلا كان مخلا بالتزامه قبل الموعود له، واقتضى ذلك تعويض الموعود له طبقا للمسؤولية العقدية[1].

ولقد فرض القانون هذه الرسمية من أجل ضمان جدية هذا العقد المتمثل في الوعد بالبيع المنصب على عقار، ومنع التهرب من الالتزامات المترتبة عليه من قبل طرفيه، كما يعتبر المحرر الرسمي للوعد دليلا قاطعا على ما جاء فيه من أحكام فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير [2]

ونظرا لهذا التباين في قرارات المحكمة العليا؛ فإن ذلك استدعى انعقاد الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا التي أصدرت قرار يؤكد على ضرورة احترام المادة 324 مكرر 1 لاسيما ركن الرسمية لصحة العقود، بل أكثر من ذلك يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي، ولقد تم التأكيد على الرسمية مؤخرا في قرارين صادرين عن مجلس الدولة بتاريخ 14/02/2000 تحت رقم 186443 غير منشور) وقرار رقم 210419 بتاريخ 26/04/2000 غير منشور، واللذان قضيا بأن: "المادة 324 مكرر 1 متى توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي مع دفع الثمن للموثق، وأن الرسالة المحتج بها والعقد العرفي لا تعد عقد بيع"؛ وبالتالي لانعقاد الوعد بالبيع العقاري استوجب إفراغ الوعد في قالب رسمي لدى الموثق، بحيث تلك الورقة الرسمية تمثل دليل إثبات ذو قوة مطلقة، وهذا ما أقرته المحكمة العليا بقرارها الذي جاء فيه: "إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنّه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع....، وبالتالي تخلف الشكل الرسمي في عقد الوعد بالبيع العقاري يجعل من هذا التصرف باطلا ويعتبر العقد معدوما فيزول كل أثر له بحيث يرجع المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل التعاقد،

---

[1] شايبي العيد، المرجع السابق، ص 565-566.

[2] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 119.

فجاء قرار المحكمة العليا كالتالي: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن محل ... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا"[1]

و نظرا لكثرة المنازعات التي طرحت نتيجة نكول الواعدين بالبيع عن وعودهم رغم توفر جميع الشروط الجوهرية في عقود الوعد بالبيع الواردة على العقارات، تدخلت المحكمة العليا متخذة منحا قضائيا مخالفا لما قبل سنة 2004، لإصدار المحكمة العليا لعدة قرارات تصب في نفس الرؤية، كان آخرها قرراها[2] بأنه "من المقرر قانونا أنه إذا تصرف الواعد في العقار الموعود به و انتقلت ملكيته إلى الغير و تم تسجيل ذلك لدى المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى رفع دعوى التعويض وفقا للمادة 176 من القانون المدني"، وبذلك فإن القضاء اعتبر أن الواعد بغض النظر عن حسن نية المشتري أم لا، فإنه عند إخلاله بوعده والتصرف في العقار الموعود به و انتقال الملكية إلى المشتري بشهره لعقد التصرف بالمحافظة العقارية، يعتبر فقط مخلا بالتزام شخصي يستلزم التعويض دونما اعتبار للفرصة التي ضاعت على الموعود له مادامت قيمة التعويض لا تردع الواعد بالبيع المخل بالتزامه العقدي[3]

الواضح أن المشرع الجزائري اشترط هذه الرسمية في عقد الوعد بالبيع العقاري حتى يضمن جدية هذا العقد والحد من تهرب أطراف الوعد من الالتزامات التي يفرضها القانون في هذا الشأن، كما تسمح بالمحافظة على حق الموعود له و إلزام الواعد بالبقاء على وعده طوال مدة الوعد، من خلال منح الموعود له الذي أبدى رغبته في القبول متى امتنع الواعد عن إتمام إجراءات البيع النهائي، حق اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام العقد، وهو ما جاء في أحكام المادة 72 من القانون المدني، هذا الحكم النهائي بمجرد شهره في المحافظة العقارية ينقل ملكية العقار الموعود به إلى المشتري، لذلك فالرسمية في الوعد

---

[1] حسناوي أسماء، المرجع السابق، ص 16-17.

[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية ملف رقم 258113 المؤرخ في 30/01/2001

[3] شايبي العيد، المرجع السابق، ص 566.

بالبيع العقاري وسيلة إعلام وتنبيه للمتقاعدين الخطورة وأهمية التصرف المراد إبرامه[1]، عندما يبدي الموعود له رغبته في ابرام العقد النهائي خلال المدة المحددة، ينعقد عقد البيع النهائي، ويؤدي إلى انتقال ملكية العقار الموعود به إلى الموعود له، إذا تم إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، وبعبارة أخرى فإن العقود الواردة على العقارات هي من العقود الشكلية التي تستوجب الرسمية، وعليه فإن التوثيق يعتبر ركنا من أركان هذه العقود؛ فإذا انعدم هذا الركن أدى إلى اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وتنعدم آثاره[2]

تخلف الرسمية في الوعد بالبيع العقاري تعني تخلف الشروط القانونية لتوثيق العقد، فتخلف هذه الشروط يؤدي إلى بطلان المحرر الرسمي للوعد بالبيع وهو ما أكدته أحكام المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني[3]، لذلك لابد من تحرير الورقة الرسمية، المتضمنة عقد الوعد بالبيع العقاري لدى الموثق ويجب تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع، وفق ما ينص عليه القانون، فالتسجيل هو إجراء إداري يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل[4]

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أوجب استيفاء الرسمية بالنسبة إلى كل عقود الوعد الملزمة لجانب واحد المنصبة على عقار أو حق عيني عقاري، وهو ما جاء في الأحكام المادة 1589 من القانون المدني الفرنسي و التي نصت على أنه: "يعد باطلا و لا يرتب أي أثر كل وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ينصب على عقار أو حق عقاري إذا لم يتم إفراغه في صيغة عقد رسمي أو عقد عرفي يتم تسجيل خلال عشرة أيام ابتداء من تاريخ قبوله من المستفيد (الموعود له) ،و يصح الشيء نفسه بالنسبة إلى كل حوالة تنصب

[1] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 118.

[2] بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 216.

[3] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 221.

[4] بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 212.

على الوعود المشار إليها أعلاه، والتي لا يتم إفراغها في صيغة عقد رسمي أو عقد عرفي يتم تسجيله خلال عشرة أيام من تاريخه"، والواضح أن خصوصية هذه القاعدة القانونية ذات الأصل الضريبي يجب أن تكون مصحوبة بعقوبة مدنية تتمثل في بطلان عقد الوعد بالبيع المنصب على عقار أو حقوق عقارية الملزم لجانب واحد بطلان مطلقا، إذا لم يستوفي الشكل الرسمي المذكور بموجب أحكام المادة 1589-2 و كذا اذا لم يتم تسجيله لدى مصالح التسجيل المختصة، وقد استحدثها المشرع الفرنسي في القانون العام للضرائب و أدرجها بموجب أحكام القانون المدني كأداة لمكافحة التهرب الضريبي من الوسطاء الذين قطعوا وعودا غامضة بشأن العقارات للموعود لهم، كما تهدف إلى مكافحة إخفاء الأسعار ببيع الموعود بها[1]

فبعد أن يتم تحرير الورقة الرسمية المتضمنة الوعد بالبيع العقاري استوجب تسجيله لدى مصلحة التسجيل وفق ما ينص عليه القانون، المشرع لم يعط تعريفا للتسجيل وترك ذلك للفقه، بحيث عرف التسجيل على أنه إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يملكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا، فهو إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية مختصة إقليميا تابعة لوزارة المالية، عن طريق مفتش التسجيل حسب المادة 180 من قانون التسجيل، وذلك تحت طائلة البطلان كونه إجراء إجباري وينجر عن تخلفه خضوع المكلف العقوبات جبائية[2]

التسجيل هو إجراء إداري لا بد منه في عقد الوعد بالبيع العقاري، يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية، مقابل دفع حقوق التسجيل فعقد الوعد بالبيع العقاري، يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع، وذلك لأجل استيفاء الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، اذ أن رسوم التسجيل تصنف ضمن الضرائب غير مباشرة، فهي تهدف الى تحقيق عدة أهداف في مقدمتها الهدف التمويلي؛ اذ تعتبر هذه الرسوم موردا هاما لتغطية جزء من نفقات الدولة، وبتطور أساليب الجباية

[1] قماري بن ددوش نظرة، بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 123.

[2] حسناوي أسماء، المرجع السابق، ص 17.

العقارية أضحى لها أهدافا اقتصادية، اجتماعية ومالية، ولا يكفي قيام الموثق بتسجيل العقود التي يحررها لدى مصلحة التسجيل، بل لا بد من شهرها لدى المحافظة العقارية المختصة[1]

المطلب الثاني: انعقاد العقود التجارية

أصبحت الشكلية في الحياة التجارية تلعب الدور الحمائي بامتياز لصالح كل الأطراف، سواء أكانت من المتعاقدين أم من الغير ، خرج المشرع التجاري من المبدأ العام في العقود التجارية والمتمثل في الرضائية وما يترتب عنه من سهولة في التعامل وحرية في الاثبات منتهجا مبدأ آخرا تكيفا لمقتضيات الحال الاجتماعي والاقتصادي لتنمية الحياة التجارية، وهو مبدأ الشكلية الذي يوفر الحماية اللازمة للتاجر أو للغير الذي هو بحاجة إليها والتي عرفت أبعادا تعطي لها وظائف جديدة غير الاثبات والانعقاد تخرجها من وظائفها التقليدية فلم تعد الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية[2]

يرجع طرح تكييف الشكلية إلى الأمر، 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 من خلال نص المادة 12 منه غير أن المشرع الجزائري أدرج مضمون المادة 12 من الأمر الملغى في القانون المدني؛ وذلك من خلال إضافة مادة جديدة في القانون المدني تحمل رقم 324 مكررا وإما المادة 79 تجاري فإنها تنص " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلقا على شرط أو بموجب عقد من نوع أخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة، أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا "[3].

---

[1] بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 212.

[2] بوراس لطيفة، "الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، المجلد 14، العدد 2، 2019، ص225.

[3] حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 90.

نعرج من خلال هذا المطلب المعنون بانعقاد العقود التجارية، إلى البحث في كيفية إنشاء العقود التجارية، والتي اخترنا تسليط الضوء على نوعين وهما، عقد الشركة التجارية ضمن الفرع الأول، وعقد الإيجار التجاري ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: عقد الشركة التجارية

الشركة نظام قديم جدا عرفه البابليون ونظمه قانون حمورابي، وقد كانت الشركة في القانون الروماني عقدا رضائي لا ينشأ عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء، وفي القرن الثاني عشر مع نهوض الحياة التجارية في ايطاليا بدأت تظهر خصائص شركة التضامن حيث كان الشركاء مسؤولين بالتضامن عن ديون الشركة، كما أصبح للشركة ذمة مالية خاصة تتألف من الحصص التي يقدمها الشركاء، وبذلك تأكدت فكرة الشخصية المعنوية التي يقوم عليها التنظيم الحديث للشركات[1]

إن وصف الشركة بكونها عقد فكرة قديمة من أثار القانون الروماني التي ظلت سائدة لفترة من الزمن، والتي جسدها Domat و Pothier في كتاباتهم، كما أن أهم الفقهاء المعاصرين نادوا بها أشهرهم Hamel jaufret, Lagarde, لقد استند هؤلاء على ما ذهبت إليه نصوص القانون التجاري عندما عرف المشرع الشركة بأنها مجرد عقد يبرم بين شخصين فأكثر، فعلا قد يكون فحوى نص المادة 416 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي، يذهب بكل وضوح إلى هذا الوصف، حيث جاء فيها " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك"[2]

---

[1] منية شوايدية،" تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، 2020، ص 328.

[2] بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 171

عقود تأسيس وتعديل الشركات التجارية بعد عقد الشركة من العقود الشكلية، سواء في تأسيسها أو تعديلها أو إنهائها، طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري التي جاء فيها تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، غير أنه يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء"[1]

لقيام عقد الشركة صحيحا يجب توافر مجموعة من الإجراءات الشكلية منها إفراغ هذا العقد في قالب شكلي رسمي، كما يجب قيد واشهار عقد الشركة حتى يعلم الغير بقيام الشركة كشخص معنوي.

كتابة عقد الشركة نصت المادة 418 من القانون المدني الجزائري على ضرورة كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا، ومن ثمة فالكتابة ليست شرط للإثبات بل تعد ركن من أركان العقد، هذا ما يستخلص كذلك من نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري الذي يقضي بضرورة اثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، مما يفهم بمفهوم المخالفة أن الكتابة الرسمية لازمة لإبرامه، بل إن قانون السجل التجاري الجزائري الصادر في 1990 يؤكد على هذه الرسمية، لأنه يشترط أن تتم كتابة عقد الشركة بواسطة الموثق وليس بواسطة مؤسسها، من ثمة فلا يجوز اثبات عقد الشركة غير مكتوب بالأدلة التي تعادل الكتابة أو تزيد عنها قوة كالإقرار واليمين، فقد أوجب المشرع الجزائري أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات ما لم تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه العقد، فأهم البيانات الأساسية التي يتضمنها عقد الشركة؛ عنوان الشركة واسمها التجاري إن وجد أسماء الشركاء؛ وجنسية كل منهم وعمله وعنوانه؛ المركز الرئيسي للشركة من مقدار رأس مال الشركة وحصة كل شريك في الشركة؛ غايات الشركة؛ مدة حياة الشركة إذا كانت محدودة، اسم الشريك أو الشركاء المفوضين بإدارة الشركة والتوقيع عنها؛ الوضع الذي سيؤول إليه الشركة في حالة وفاة الشريك أو الشركاء[2]

---

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص73-74

[2] عمارة قندوز، "أركان عقد الشركة التجارية في القانون الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2023، ص659.

الشروط الشكلية لعقد الشركة بالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة منها والخاصة أحاط المشرع الجزائري عقد الشركة بمجموعة من الشروط الشكلية تتمثل أساسا في الكتابة والشهر والقيد.

عقد الشركة عقد رسمي طبقا لنص المادة 418 ق م ج المادة 545 ق ت ج، حيث أكد هذان النصان على وجوب الكتابة لانعقاد عقد الشركة، فهي ركن من أركان العقد كما يشترط المشرع التجاري الكتابة الرسمية فيما يتعلق بإنشاء الشركات التجارية.

اشترط المشرع على الشركات التجارية ضرورة القيد في السجل التجاري (549 ق ت ج)، حيث تكتسب الشخصية المعنوية منذ قيدها في السجل التجاري، خلافا للشركات المدنية التي تكتسب هذه الشخصية بمجرد تكوينها إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلا بعد استفاءها إجراءات الشهر (417 من ق م ج)، حيث يجب نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري وفي جريدة وطنية أو أية وسيلة ملائمة، طبقا لنص المادة 14 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2008، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 2018 مؤرخ في 10 جوان 2018[1]

لقد فرض المشرع الجزائري الإشهار في بعض التصرفات التجارية لا سيما المتعلقة بالمحلات والشركات التجارية، كونها من عناصر الإنتاج المهمة التي يجب أن يعلم بها كل المعنيون وخاصة منهم دائنو البائع أو المتنازل الذين قد يتعرضون إلى الخطر في حالة التصرف سرا وخفية، ولهذا السبب ولحماية حقوقهم فرض المشرع إعلان هذه العمليات وشهرها لحماية الغير الذي يمكن أن تضر به، كما أن إعلان

[1] منية شوايدية، المرجع السابق، ص 332.

هذه التصرفات يعتبر إحدى ضمانات الإئتمان في القانون التجاري، وتدعيما لاستقرار المعاملات التجارية داخل المجتمع، وجعل كل المتعاملين على بيئة من التصرفات الهامة الجارية داخل السوق[1]

فالشكلية هنا هي اجراءات مصاحبة للتعبير عن الارادة ولازمة لإبرام العقد وتوصف بأنها شكلية مباشرة وهي أوضاع يتطلبها القانون لانعقاد العقد استثناء من مبدأ الرضائية، وتعد ركناً من أركان العقد وفي هذه الحالة لا يمكن أن يقوم العقد بتوافر الأركان الثلاثة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب، وإنما يضاف إليها الشكل الذي فرضه المشرع ليصبح ركناً في العقد لا يقوم بدونه إذ لابد من الوفاء بالشكلية التي فرضها المشرع لكي ينعقد العقد ويصبح موجوداً من الناحية القانونية[2]

إن علاقة الشركة مع الغير في مرحلة التأسيس قبل القيد في السجل التجاري تستدعي تطبيق الأسس التعاقدية، فطالما لم تكتسب الشركة للشخصية المعنوية وحماية للغير، اعتبر المشرع طبقا للمادة 549 ق ت ج، مؤسسي الشركة مسؤولين مسؤولية تضامنية من غير تحديد أموالهم عن كل التعهدات التي أبرمت بإسم الشركة و لحسابها، إلا إذا قبلت الشركة أن تأخذها على عاتقها بعد قيدها في السجل التجاري فإذا ما استوفى عقد الشركة جميع هذه الشروط الموضوعية منها و الشكلية، انعقدت الشركة الصحيحة منشأة لآثارها، بالإضافة إلى ركن الكتابة اشترط المشرع الجزائري ضرورة الشهر بالنسبة للشركات، حيث أوجبت المادة 548 من القانون التجاري الجزائري، إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة[3].

---

[1]الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 122.

[2]بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 569.

[3]منية شوايدية، المرجع السابق، ص 332.

حسب المادة 418 من القانون المدني يعتبر البطلان المترتب عن تخلف ركن الكتابة ذو طبيعة خاصة، فلا هو بطلان مطلق لأن المحكمة لا تستطيع أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا هو بطلان نسبي لأن التمسك به جائز لكل ذي مصلحة وعليه :

– يجوز للغير التمسك بالبطلان لعدم الكتابة، كما يجوز للغير الذي له مصلحة أن يتمسك بإبقاء الشركة حماية للثقة والائتمان والعمل على إثباتها بكافة وسائل الإثبات، لا يجوز احتجاج الشركاء في مواجهة الغير بهذا البطلان ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان، ويزول هذا البطلان إذا تم استيفاء شرط الكتابة لكن قبل الحكم بالبطلان[1].

ويقع كذلك باطلا إذا لم يتم شهر عقد الشركة خلال 30 يوم من إنذار الشركة للقيام بإتمام الاجراءات الشكلية هذا ما نصت عليه المادة 739 من القانون التجاري الجزائري، وتتلخص خصوصية البطلان من نوع خاص في نقاط تتمثل في، ليس للمحكمة أن تقضي بالبطلان الناشئ عن إهمال الإجراءات الشكلية من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على صاحب المصلحة أن يتمسك به، ويجوز لكل شريك أن يتمسك بالبطلان في مواجهة باقي الشركاء، ولكن لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان قبل الغير، يجوز للغير أن يتمسك ببقاء الشركة وله أيضا أن يحتج ببطلانها متى كانت له مصلحة في ذلك، إذا قضي بالبطلان بناء على طلب أحد الشركاء فلا يرتد إلى الماضي وإنما ينتج آثاره من وقت طلب الحكم به ويقتصر على المستقبل ويصبح بمثابة حل للشركة، أما إذا قضي بالبطلان بناء على طلب الغير كان للبطلان أثر رجعي ينسحب على الماضي ويشمل المستقبل، فتعتبر الشركة بالنسبة للغير كأن لم تكن في الماضي والحاضر على السواء، إذا لم تراعى الإجراءات الشكلية من كتابة وشهر قانوني بالنسبة للتعديلات التي تطرأ على

---

[1] ميلود بن عبد العزيز، أمال بوهنالة، "جزاء تخلف أركان عقد الشركة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 05، جانفي 2017، ص 193.

عقد الشركة وتتعلق ببيان واجب شهره، فلا تبطل الشركة وإنما لا يجوز الاحتجاج بهذا التعديل في مواجهة الغير [1].

تنص المادة 418 من القانون المدني على: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، من وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه، ذلك أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان"، فالكتابة تعد شرطا لانعقاد عقد الشركة مدنية كانت أو تجارية ومهما كان رأسمالها، فالكتابة ركن من أركان العقد، كما نصت المادة 545 من القانون التجاري على أنه: " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون الشركة"، واعتبار الكتابة ركن في عقد الشركة يرجع إلى خطورة هذا العقد الذي يعتبر السند المنشئ للشخص الاعتباري الذي هو الشركة، كما يترتب على هذا العقد حقوق والتزامات بالنسبة للشركاء خاصة فيما يتعلق مسؤوليتهم عن ديون الشركة التي قد تكون تضامنية أو محدودة إذ يهم الغير معرفة ذلك[2].

كما تظهر الخصوصية هنا بجواز تصحيح البطلان من نوع خاص بإتمام إجراءات الشهر في وقت لاحق، ويسري ذات الحكم على حالة انعدام الكتابة كما يجيز القانون للشركاء تصحيح بطلان عقد الشركة باستيفاء إجراءات الشهر ولو بعد انقضاء الميعاد القانوني المقرر لإجرائه[3]

كما أن القيد في السجل التجاري تنص عليه المادة 548 من القانون التجاري على أنه: "يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركة وإلا كانت باطلة"، وعليه لا يمكن للشركة التجارية أن تباشر نشاطها

[1] عمارة قندوز، المرجع السابق، ص664

[2] ميلود بن عبد العزيز، أمال بوهتالة، المرجع السابق، ص 190.

[3] عمارة قندوز، المرجع السابق، ص664

إلا بعد قيدها في السجل التجاري الذي يعتبر قرينة قاطعة على اكتسابها صفة التاجر، وهو ما نصت عليه المادة 21 القانون التجاري وتكتسب كذلك الشخصية المعنوية بمجرد قيدها في السجل التجاري وفقا للمادة 549 القانون التجاري[1]

استلزم المشرع الجزائري إجراء الشهر والقيد في العقود التأسيسية للشركات التجارية وكذا العقود المعدلة لها لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وذلك من أجل أن يكون الغير على دراية بميلاد الشركة ومعطياتها قبل التعامل معها، كما يؤدي ذلك إلى اكتساب الشركة التجارية للشخصية المعنوية، باستثناء شركة المحاصة التي لا تخضع لإجراءات الشهر وذلك راجع إلى أنها شركة خفية لا تتمتع بالشخصية المعنوية[2]

كما تجب الإشارة إلى أن هناك فرق بين الإشهار العقاري الذي يخص التصرفات الواردة على العقارات والحقوق المتعلقة بها، والإشهار التجاري الذي يخص التصرفات المرتبطة بالمحلات والشركات التجارية، وهو ما بينته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 06/11/2001 : " إن عقد التوثيق المتضمن ابرام عقد إيجار محل تجاري يخضع لإجراءات إشهار محددة في القانون التجاري، أي لدى المركز الوطني للسجل التجاري وليس لإجراءات الإشهار العقاري المنصوص عليها في المادة 85 من قانون السجل العقاري، لأنه لا يؤدي إلى أي تعديل في الوضعية القانونية للعقار الموجود في المحل المستأجر، وأن القرار المطعون فيه لما اعتبر عقد الإيجار محل تجاري يخضع لعملية الإشهار العقاري فإنه خرق للقانون يعرضه للنقض"

كما أنه وبناء على القرار المذكور تكون التفرقة كذلك واجبة بين أثار الشهر التجاري والشهر العقاري فيترتب عن تخلف الأول البطلان المطلق للتصرف، بينما يترتب عن تخلف الثاني توقف ترتيب العقد لأثاره لاسيما في نقل الملكية[3]

---

[1] ميلود بن عبد العزيز، أمال بوهتالة، المرجع السابق، ص 191.

[2] عمارة قندوز، المرجع السابق، ص659.

[3] الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثاني: عقد الإيجار التجاري

لم يميز قانون نابليون الصادر سنة 1804 في أحكامه المنظمة لعقد الايجار بين ايجار الأماكن المعدة للسكن أو تلك المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة، غير أنه رسم معالم المبادئ الكبرى التي بنيت عليها نظرية العقد بصفة عامة[1]

يعتبر عقد الإيجار التجاري بأنه العقد المبرم بين المؤجر مالك العمارة أو المحلات وبين المستأجر الذي يعتبر تاجرا يستغل المحل التجاري في هذه المحلات المؤجرة، وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه قدم تعريفا دقيقا لعقد الاتجار التجاري، أولا أنه يتضح من النصوص القانونية، أن عقد الإيجار التجاري يعد تجاريا إذا تعلق الأمر بالمحلات أو العمارات التي يستغل فيها محل تجاري، سواء كان هذا الأخير مملوك للتاجر، لصناعي أو حرفي[2]

قبل سنة 2005 لم يكن المشرع يشترط صراحة وجوب إصباغ عقد الإيجار في قالب رسمي، وكثيرا ما كان القضاء يقبل إثبات الإيجار بموجب وصولات أو عقود عرفية، وهو ما كان يثير صعوبات خاصة فيما يتعلق بالتعويض الاستحقاقي، غير أن الأمر اختلف بعد إضافة المادة 187 مكرر بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06/02/2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري، والتي جاء فيها" تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية في الشكل

---

[1] بلخير هند، "عقد الايجار التجاري في القانون الفرنسي نظام قانوني خاص"، مجلة الفكر المتوسطي، المجلد 10، العدد 02، 2021، ص154

[2] هشام كلو، "عقد الإيجار التجاري طبقا للقانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 32، العدد 01، 2018، ص 463

الرسمي وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية"، وهكذا بعد زمن طويل فصل المشرع في مسألة كثيرا ما أرقت المحاكم التجارية وأربكت المحكمة العليا نفسها[1]

وبموجب المادة 187 مكرر من القانون رقم 05-02 فإن المشرع الجزائري ألزم أن يتم تحرير عقود الإيجار التجارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وعليه يكون بذلك قد كرس ركن الرسمية في عقود الإيجار المبرمة في ظل التعديل الجديد، وهذا مسايرة للقواعد العامة المكرسة في المادة 324 مكرر، وبالتالي وضع حدا للخلاف القائم بين الاجتهاد القضائي[2]

حيث أن الغموض الوارد بالمادة 79 من القانون التجاري المذكورة سابقا والذي دام لسنوات دون توضيح، تدخل القضاء بإصدار المحكمة العليا قرار يفصل في مسألة الشكلية في بيع المحل التجاري بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 156136 الغرف المجتمعة، قضت فيه أن العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري يعد باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع الإجراءات القانونية للنظام العام، ولا يمكن تبعا لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع.

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها تحت رقم 80160 بقولها: " من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلا، كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط، أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة، أو بطريق المساهمة

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 72-73.

[2] عفرة حياة، "التعديلات القانونية الواردة على عقد الإيجار في القانون الجزائري والتعليق عليها"، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 01، أفريل 2019، ص118.

به في رأس مال الشركة ... لذا فإن القرار الذي فصل في طلب الطاعنين بالرجوع إلى الأمكنة وقضي بالرفض صدر مستوجبا للنقض والإبطال[1]

لهذا الكتابة الرسمية هي ركن صحة وانعقاد في العقود الواردة على المحل التجاري[2]، نجد بالرجوع إلى نص المواد 324/1 ق م ج ونص المادة 79/01 ق ت ج، نص المادة 96/01 و02 ق ت ج، نص المادة 117/03 ق ت ج، نص المادة 120 ق ت ج ونص المادة 203/03 ف ت ج، أن المشرع اشترط تحرير العقود الواردة على المحل التجاري في شكل رسمي، بحيث تعتبر في هذه الحالة الرسمية شرطا للانعقاد ويعتبر الموثق الشخص المخول قانونا بتحرير العقود التي يرغب الأشخاص في إصباغها الرسمية أو تلك التي يشترط المشرع إصباغها تلك الصبغة[3]

[1]منصور داود، "الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 04، 2015، ص 429.

[2]محمود حياة، التركي باهي، "الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على الحل التجاري تعديل لنظرية العقد أم استثناءا منها؟"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، 2022، ص 750.

[3]كركادن فريد، "الطبيعة الخاصة للمحل التجاري بين النصوص التشريعية الجزائرية وأحكام القضاء الفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10. العدد 03، 2019، ص 442.

المبحث الثاني: الكتابة الرسمية لإثبات العقود التقليدية

أهمية الاثبات تكمن بالدرجة الأولى في مدى تجسيده على أرض الواقع، كون أن الحق يفقد قيمته العملية، إذا عجز صاحبه عن إقامة الدليل وقت نشوء المنازعة، بل إن الكثير من الخصوم يستحيل عليهم إثبات حقوقهم، بالتالي يفقدون حقوقهم لعجزهم على تقديم الدليل المتضمن إثبات هذه الحقوق، فالحق إذا لم يقم عليه دليل فإنه يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء، وأن الدليل هو الذي يحمى الحق ويجعله مقيدا[1]

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[2].

يشترط المشرع الجزائري ضرورة توافر الكتابة كلما تعلق الأمر بتصرف وارد على عقار أو حق عيني عقاري، وفي نفس الوقت لم يشترط دليلا آخر غير الكتابة لإثبات مثل هذا التصرف، وذلك لأنها تعد من أقوى أدلة الإثبات زيادة على فوائدها العملية ومن مزاياها أنها تعد سلفا لإثبات نشوء الحق بغض النظر عن حدوث نزاع من عدمه، ولهذا تسمى بالدليل المعد أو المهيئ، وهذا الإلزام بإعداد الدليل مقدما لا يعتبر من قبل بعث الشكليات وتعقيد العلاقات بين الأفراد، بل يرمي إلى توطيد الطمأنينة لدى المتعاقدين وتوفير الاستقرار في العقود، ويهدف أيضا إلى منع التلاعب والغش قدر الإمكان من أجل تحقيق الائتمان التجاري وثبات التعاملات العقارية[3]

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول المحرر الرسمي، المطلب الثاني الشهر العقاري.

---

[1]محمد عزمي البكري، موسوعة البكري القانونية في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، المجلد الأول، دار محمود، القاهرة، 2021، ص 14

[2] نفس المرجع، ص 13

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 21.

المطلب الأول: المحرر الرسمي

تتجه الشكلية في القوانين المعاصرة إلى اعتماد الكتابة الرسمية عند إبرام العقود، مع الأخذ بجزاء البطلان المطلق عند تخلفها في تكوين هذه العقود، وعلى هذا الأساس فإن العقد الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل لا بد إلى جانب التراضي مراعاة شكل قانوني، بحيث لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط[1]

دور الكتابة جد مهم بالنظر إلى الأخذ به في الإثبات في الكثير من التصرفات القانونية وحتى بعض الوقائع المادية من جهة، وأيضا ركن في أغلب العقود من جهة أخرى، حيث يؤدي تخلفها إلى بطلان العقد واعتباره كأن لم يكن، , فهي أداة للانعقاد في الحالات التي يشترط فيها المشرع الكتابة لقيام تصرف من التصرفات القانونية، بحيث لا تقوم هذه التصرفات ولا تنتج أثارها القانونية إلا إذا افرغت إرادة المتعاقدين فيها أمام موظف رسمي، وإذا كانت الكتابة العادية تلعب دورا في مجال الإثبات فإن الكتابة الرسمية هي الأخرى تقوم بدور إثباتي إضافة إلى دورها في التعاقد، فمهامها مزدوجة[2]

بالرجوع إلى القانون الجزائري رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، نجد أن المشرع الجزائري عرف الموثق في نص المادة 03 منه بأنه: "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"، بذلك اعتبرت المادة 03 من القانون 06-02 الموثق بأنه ضابط عمومي، والضابط العمومي هو كل من منحه القانون هذه الصفة وخولت له الدولة جزء من صلاحيتها في مجال معين، بحيث تعتبر المحررات الصادرة عنه والممهورة بالختم الرسمي كأنما صدرت من الدولة

---

[1] بالطيب محمد البشير، المرجع السابق، ص 1411.

[2] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 235.

مباشرة، ويراد بالضبطية العمومية الضبط والتنظيم العام لخدمة ما، فالموثق يقوم بدراسة وتمحيص ما يتلقاه من ذوي الشأن من عقود واتفاقات ويبحث في مدى انسجامها والقوانين المعمول بها، وبناء على ذلك يقدم الخدمة المطلوبة أو يرفض ذلك حسبما تقتضيه أحكام القانون ومصادره[1]

يشترط لنعت المحرر بالرسمي، أن يكون صادراً عن موظف عام سواء كان موظفا عموميا حقيقيا، أو موظفا عموميا حكميا، فوصف المحرر بالرسمية هو نتيجة لتحريره بمعرفة شخص له صفة رسمية ولا شك أن الورقة الرسمية تستمد قوتها وحجيتها من صفة الشخص الذي حررها[2].

تعتبر مهمة إضفاء الرسمية على العقود من أهم المهام والواجبات الملقاة على عائق الموثق فهو الذي يتولى إبرام العقود التوثيقية الخاصة بمختلف المعاملات المدنية والتجارية والشخصية، كما يلتزم بحفظ هذه العقود والأوراق والسندات التي يحررها أو يسلمها للإيداع، كما يسهر على تنفيذ الإجراءات اللاحقة واللازمة لنفاذها لاسيما ما تعلق بالتسجيل والإعلان النشر و الشهر، ويلاحظ أن الموثق و إن كان ملزما من الناحية القانونية بالقيام بالإجراءات اللاحقة لإبرام و تحرير العقد؛ إلا أن ذلك لا يمنع المعنيين من القيام بهذه المهمة بأنفسهم (مهمة التسجيل و القيد و الشهر)، لكن تفضل مصالح الطابع و التسجيل بمفتشية المالية و مصالح الشهر العقاري بالمحافظة العقارية التعامل مع الموثقين أحسن من التعامل مع المواطنين مباشرة أو مع الإدارات المختصة، فأهم مهمة يقوم بها الموثق هي تحرير العقود الرسمية سواء كانت هذه الرسمية يلزم بها القانون (شكلية قانونية) أو كانت بناء على طلب من الأطراف المتعاقدين (شكلية اتفاقية)، وعادة ما يقوم الموثق بترسيم العقد بناء على طلب من الأطراف و أحيانا بناء على تكليف من أجهزة العدالة

---

[1]جامع مليكة، "النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2018، ص 365.

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 100.

بموجب أمر أو حكم أو قرار قضائي كما هو الشأن في إعداد الفريضة الشرعية أو إعداد الشهادة التوثيقية، إذ تتنوع العقود التوثيقية بين عقود مدنية و عقود تجارية[1]

المحررات التوثيقية يقصد بها العقد بمعناه المادي أو المحرر أو الورقة المثبتة للتصرف وليس بمعناها الموضوعي أي الاتفاق أو توافق الإرادتين، وبالرجوع إلى نص المادة 600 فقرة 11 من القانون رقم 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن العقود التوثيقية لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة، هي سندات تنفيذية يجوز التنفيذ الجبري بها، وكلمة لاسيما تفيد التخصيص، والتخصيص هنا يراد به على سبيل المثال وليس الحصر، بالإضافة إلى كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي[2]

الغالب في الشكلية في القانون الجزائري أن يكون محررا أو سندا رسميا (م 323 مكرر 1 و2 من ق م المضافة بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 2010/06/2005)، يجب أن يفرغ فيه العقد، حيث يقوم بكتابته موظف مختص أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة (م 324 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 88/14 المؤرخ في 03/05/1988)، ومن أمثلة ذلك، القاضي في عقود الكفالة (المادة 117 من ق.أ)، وضابط الحالة المدنية في عقود الزواج المادة 18 من ق. أ المعدلة بالأمر رقم 05/02 والموثق في العقود المنصبة على المعاملات العقارات المادة 12 من الأمر رقم (70/91) وهكذا[3]

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 ق. م على أنه: " ... عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية

[1]بردان صفية، "الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الموثق الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر 2017، ص 178-179.

[2]بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص 399.

[3]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص319.

وفي حدود سلطته واختصاصه"، وقد عالجت هذه المادة في الحقيقة مسألة الإثبات، وهي حالة متميزة عن التصرف الشكلي؛ فالمادة في صيغتها الأولى – أي قبل تعديل سنة 1988 – كانت تشير إلى الورقة الرسمية، بينما صيغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد من جهة وأداة اثباته أي الورقة الرسمية من جهة أخرى، فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة، وقد يحدث العكس[1]

العقد الرسمي المتكامل الشروط سند يمكن الدائن الذي يحمله من التنفيذ على مدينه، إن احتوى على إلزام ما بعد تذييله بالصيغة التنفيذية دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وقد نصت المادة31 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أن تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا للتشريع المعمول به، ويسري عليها ما يسري على الأحكام القضائية ويؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية، وهذا ما يجعل الاشخاص يفضلون اللجوء إلى الموثق في تحرير العقود التي لها قيمة كبيرة حتى ولو لم يشترط القانون فيها الرسمية، إلا أن هذه القوة التنفيذية تستثنى منها العقود الرسمية المحررة خارج الوطن فلا يمكن تنفيذها بالجزائر إلا بعد أمر قضائي، وهو ما تضمنته الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في مادتها 08 وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 27/09/1994: " من المقرر قانونا أن العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين أجانب، لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا وفقا لما تقضي بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية"[2]

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص233-234.

[2] الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 100.

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في الإثبات

لقد نص المشرع الجزائري على حجية العقد الرسمي في المواد 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 من القانون المدني، إذ تنص المادة 324 مكرر 5 على أن: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني "

وتنص المادة 324 مكرر 6 على أنه: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن، وتضيف المادة 324 مكرر 7 قائلة: يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت "[1]

العقد الرسمي الموثق، له حجية مطلقة ليس فقط بين طرفية وإنما بالنسبة للغير دون حاجة لإقراره، ويحرره موظف عام مختص نوعا ومكانا[2]

كل تصرف قانوني يفرغ في قالب رسمي يكتسب قرينة الرسمية، وذلك بأن يصبح له مظهر خاص يوحي بذلك فبمجرد الاطلاع عليه تقوم القرينة على رسميته، ومن العلامات التي تدل على الرسمية ختم الموثق، وهو صعب التقليد والتزوير، وقد أعطيت هذه القرينة حتى للصور المأخوذة عن الورقة الرسمية طبقا للمادتين 325 و 326 ق م، وللعقد الرسمي حجية ما بين الأطراف وفي مواجهة الغير، وقد اكدت المحكمة العليا على هذه الحجية في قرارها المؤرخ في 18/11/1998 : " من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني"[3]

---

[1]بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 372.

[2]عبد الوهاب عرفة، المرجع في التوثيق بمكاتب التوثيق وفروعها التابعة لمصلحة الشهر العقاري، الطبعة الثانية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 15.

[3]الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 100

تعتبر المحررات الرسمية حجه على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقرر قانونا، وعلى ذلك يعتبر المحرر الرسمي حجة بالنسبة للغير فهي حجة على المتعاقدين على خلفهم العام من دائنين وورثه وعلى خلفهم الخاص[1]

بعد إبرام التصرف القانوني واصباغ الشكلية الرسمية عليه من قبل الموظف المختص يكتسب قوة تنفيذية وحجية فيما بين طرفيه وفي مواجهة الغير، هذا إضافة إلى قابليته لإجراءات الشهر العقاري عندما يتعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية عقارية، كما أن اشتراط المشرع الشكل الرسمي في تصرف قانوني ما، فإن ذلك ينصرف إلى كل وعد بهذا التصرف أو التوكيل فيه[2]

حجية المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين إن المحرر الرسمي يعتبر حجة و دليلا قاطعا على حصول التعاقد الثابت فيه، ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئا مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقع بما عليه، و لا من حيث محتوياته، و لا من حصوله أمام الموظف المحرر له؛ إلا بالادعاء بحصول تزوير في البيانات التي تمت بمعرفة أو مشاهدة أو سماع الموثق شخصيا، أما فيما يتعلق ببطلان البيانات التي أثبتها الموثق بناء على ما يقرره الخصوم له لكونه لا يمكن له التأكد منها شخصيا وقت تحرير العقد و هي تخضع للقواعد المقررة في الإثبات دون الحاجة للطعن بالتزوير فيها، لأنها لا تمس بأمانة الموثق و صدقه، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أنه : "حيث ... إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجة على الناس كافة ، أي فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير معا، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه و بصره، و التي فيها مساس بأمانة الموثق، و هذه حجيتها مطلقة

---

[1] حمدى عبد الجواد سليمان، الطعن بالتزوير بالإنكار بالجهالة وحجية الأوراق الرسمية والعرفية، الطبعة الثانية، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، دار السماح للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص 10

[2] الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 100

ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير، وعليه قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه : " من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي "[1]

بالرغم من وضوح دلالة النصوص القانونية التي تنص على الشكلية لم تمنع الاختلافات في تأويليها فهناك اجتهاد قضائي يكيف الشكلية الرسمية على أنها شكلية غير مباشرة، ومن ثمة لا يؤثر تخلفها على صحة العقد، وهناك اجتهاد قضائي يرى العكس، فيعتبر الشكلية الرسمية التي أشار إليها في هذان النصان ركنا في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد، ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أخذت بالرأي الأول، نذكر على سبيل المثال قرار مؤرخ في 07/02/1990[2]

كذلك جاء في القرار الصادر في 29/06/1988 " أن عقد البيع هو عقد رضائي، وإبطال عقد البيع العرفي لعدم الرسمية خطأ في تطبيق القانون؛ لأن المادة 351 من قانون التسجيل التي تشترط الشكلية لتسجيل العقود الناقلة للملكية، قد ألغيت بقانون المالية التكميلي لسنة 1983، ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعتبر الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد[3]

---

[1] بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 374.

[2] القرار المؤرخ في 7/2/1990 ملف رقم 57930 المنشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1990، التطبيقات القضائية في المادة العقارية، ص 27 انه" إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري أو كانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والثمن ولم يذكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه على المحكمة أن تأمر بإتمام النقص المتمثل في الرسمية إما أن تلغي عقد تام الأركان بسبب عدم احترامه للشكلية الرسمية فهذا مخالف للقانون"

[3] قرار قضائي صادر بتاريخ 26/10/1983 ملف رقم 29501 المنشور بالمجلة القضائية سنة 1990، العدد الرابع، ص 45.

لما كان الثابت أن الطبيعة القانونية المصفاة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق لأشكال جوهرية، يترتب على تخلفها عدم جواز الاحتجاج به اتجاه الغير، ومن ثمة كان وجوبا على الأطراف الاتفاق المبرم حوله العقد الرسمي، وتولي إجراءات إشهاره ليصح التمسك بحصول التصرف، ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن والقضاة الذين حكموا ثبوته بسبب تخلف الكتابة الرسمية قد التزموا صحيح القانون وكان تطبيقهم له سليما، وغير جدير بالنقض[1]

يتضح من كل هذه القرارات ومن تواريخ صدورها أن هناك تناقض في الاجتهاد القضائي يجب وضع حد له، وهذا ما قامت به المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة من خلال القرار المبدئي، من المقرر قانون أن كل بيع اختياري، أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع أخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ومن المقرر أيضا زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو في شكل رسمي، ومن المقرر أيضا أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله"[2] ولقد انتهى قضاة المحكمة العليا في قرارهم إلى أن الشكلية التي فرضتها المادة 79 تجاري و 324 مكرر 1 مدني ركن في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق، إضافة إلى هذا فإن الحكم الذي تضمنته هاتان المادتان لا يدع أي شك على أن الشكل الرسمي هو ركن من أركان العقد وليس مجرد وسيلة

---

[1]حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 91.

[2]قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 136156، المجلة القضائية العدد الأول، سنة 1999، ص 10.

للإثبات ولو كان الغرض من الشكلية هو إثبات التصرف القانوني لكان التصرف صحيحا، ولو لم يحترم المتعاقدان الشكلية المقررة[1]

بالنسبة لحجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير الذي قد ينحصر هذا الأخير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر و يعتبر المحرر الرسمي حجة عليه، بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا، وهنا الغير هو الخلف العام أو الخلف الخاص الذي يتوجب عليه إذا ما ادعى عدم صحة ما ورد بتلك التصريحات، أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانونا، وقد يكون الغير الأجنبي، وهو كل شخص من غير ذوي الشأن حجة عليهم، وإذا أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا صحتها، وإذا رغب في إثبات عكس مضمونها فيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا ما يذكر الموظف العام الرسمي أنه شاهده أو سمعه بنفسه عند تنظيم المحرر الرسمي، و التي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير فيها[2]

وهدف المشرع من تقرير مبدأ الرسمية على العقود والوثائق واجبة الإشهار، هو تأكيد على منع الشك والريبة في بيانات البطاقات العقارية، كما تثبت للرسمية عدة مزايا نذكر منها الرسمية تزيد من القيمة القانونية للمحرر وحجية خاصة، وأن هذا السند محرر من قبل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة كل حسب اختصاصه، فالرسمية وسيلة لحماية الأطراف المتعاقدة وكذا الغير، وقاعدة الرسمية تمكن الدولة من بسط مراقبتها على سوق العقار وتمكن الخزينة العمومية من تحصيل مداخيل مالية، إن الرسمية تضع بين يدي البائع سندا قابلا للشهر وكذا دون الحاجة إلى استصدار حكم لتنفيذه[3]

---

[1] قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 136156، المجلة القضائية العدد الأول، سنة 1999، ص 10.

[2] بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، المرجع السابق، ص 375.

[3] حمري عبد القادر، "شروط القيد في السجل العقاري"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، المجلد 03، العدد 01، جانفي 2018، ص 191.

الفرع الثاني: الطعن في حجية الورقة الرسمية

الواقع الذي نراه اليوم بتعقيداته وتداخلاته لم يكن مشابها لما كان عليه حال المجتمع فيما مضى، بل وحتى في وقت صدور القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 وقت كانت حياة الأفراد غير مشتملة على علاقات وروابط قانونية متسمة بالتعقيد والتداخل، لذلك لم تكن هنالك مناسبة للمتعاقدين في الاحتجاج بعقدهما تجاه الآخرين، وكان من نتائج التطور الذي أصاب كافة مجالات الحياة، أن تشابكت علاقات الأفراد وتداخلت فيما بينها، ولم يعد بالإمكان أن يبقى تصرف يمكن أن يقوم به أي شخص من الأشخاص في المجتمع بمعزل تام عما يقع في المحيط الاجتماعي من وقائع قانونية[1].

أولا: الادعاء بالتزوير

تنص المادة 179 على أن[2]: "الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه.

وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد.

يقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية."

نستشف من خلال استقرائنا لنص المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الادعاء بتزوير العقد الرسمي هو عبارة عن دعوى ترفع أمام الجهة القضائية المختصة، ينصب موضوعها على الإثبات لوجود تزييف أو تغيير في مضمون عقد رسمي أو إضافة إليه معلومات مزورة، بعد ما حرره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، كما أن هذه الدعوى تكشف عن ما إذا كان هناك طابع

---

[1] صفاي العيد، المرجع السابق، ص2334-2335.

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21.

مصطنع ومفبرك للعقد الرسمي، ويشير المشرع أن دعوى الادعاء بالتزوير ترفع بطريقين، إما بطلب فرعي ضمن دعوى أصلية قائمة أمام القاضي، وإما ترفع بدعوى أصلية وتخضع بذلك للقواعد العامة في رفع الدعوى حسب المواد 14 و 15 و 16 من هذا القانون.

يجوز إثبات التزوير بكاف الطرق والوسائل وفقا لما هو منصوص عليه موجب أحكام المواد 165-170-167-174 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي:

- مضاهاة الخطوط: يقصد بالمضاهاة فحص الخط أو الإمضاء أو بصمة الأصبع التي تم إنكارها مخط أو إمضاء أو توقيع أو بصمة صحيحة للمنكر، ويكون بواسطة خبراء الخطوط لإثبات التشابه من عدمه، وأعمال الخبرة هي توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، وإن تعلق الأمر تحرر مستند الكتروني فله خصائصه يتميز بها أنه نتاج الوسائل الالكترونية والتوصل إليه يكون بأساليب تقنية من مختصين في مجال المعلوماتية، لأنه دليل رقمي علمي لابد من ندب اختصاص في هذا المجال وغالبا تعهد إلى المخبر المركزي للشرطة العلمية مكتب الأدلة الرقمية[1].

- الإثبات بواسطة الشهود: يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون[2]، كما يجوز للقاضي إجراء تحقيق في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولاسيما حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية[3]

1-في الادعاء الأصلي بالتزوير:

[1]عبيب محمد، بوراس محمد، "الإطار القانوني لممارسة الطعن ضد المحررات الرسمية أمام القضاء في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، 2021، ص 94-95.

[2]أنظر المادة 75 من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] أنظر المادة 76 من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يعتبر المحرر الرسمي عمادا وضابط أساسيا لإثبات التصرفات القانونية ولها أهمية بالغة في استقرار المعاملات في المجتمع لما يتمتع به المحرر الرسمي من حجية من حيث الأشخاص ومن حيث المضمون والقوة التنفيذية، ولا يمتنع القاضي عن الأمر بتنفيذها مهما كانت، وكذا الحماية التي تكرسها فهي تصرف يمكن الأطراف من التعرف على محتوى العقد وتوجيههم إلى ما يتماشى مع اختيارات ومصالح الجماعة، فهي تمثل فعلا صونا للحقوق، غير أنه يمكن أن تنطوي بيانات ذلك المحرر الرسمي سواء كان ورقيا أو الكترونيا على تزييف أو تغير يحصل في المحرر أو إدخاله معلومات مزورة إليه[1]

حيث ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه

وقد تهدف أيضا إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد.

يقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية[2].

التزوير هو تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي بينها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا للغير، ويقع التزوير تحت طائلة قانون العقوبات، والتزوير يكون أيضا موضوعا لدعوى مدنية، منها دعوى الضرر الناشئ عن التزوير ومنها دعوى التزوير المدنية، وهذه الدعوى الأخيرة الهدف منها إثبات تزوير المحرر، وبالتالي إسقاط حجيته، ويتم اللجوء إلى الطعن بالتزوير عن طريق دعوى أصلية، يرفع بنفس الأشكال التي ترفع بها الدعاوى وحدد المشرع الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا بمثل هذه الدعاوى، وفي حالة الادعاء الفرعي بالتزوير لا يقبل من الطاعن أن يرفع دعوى أصلية بالتزوير، بل يجب عليه إبداء هذا الطعن كوسيلة دفاع في الخصومة القائمة، وضمن إجراءات نظر موضوع النزاع أمام نفس

[1] عبيب محمد، بوراس محمد، المرجع السابق، ص 91.

[2] أنظر المادة 179 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

المحكمة التي تنظر هذا النزاع، ولا يملك الادعاء الفرعي بالتزوير إلا أحد الخصوم الممثلين في الدعوى الأصلية الموضوعية أو أحد خلفائهم، حتى ولو كان هو الذي قدمها، ويكون الادعاء بالتزوير في أية مرحلة كانت عليها الدعوى يعتبر دفعا موضوعيا يجوز التمسك به في جميع مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف، وفي هذه الحالة يوقف النظر في الدعوى الأصلية وجوبا لحين الفصل في الدعوى الفرعية المتعلقة بالتزوير من طرف القاضي الجزائي المختص[1]

إذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط السالفة الذكر، اكتسب صفة الرسمية وأصبحت له ذاتية في الإثبات، بحيث يطلب ممن ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير، حيث تنص المادة 324 مكرر 6 فقرة 1 من القانون المدني على: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثتهم وذوي الشأن"، والمادة 324 مكرر 5: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني" ويتضح من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة ما دون فيه ولا تنتفي هذه الحجية إلا بإثبات تزويره، واعتبر المشرع الجزائري المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويحتج به في مواجهة الأطراف والغير"[2]

يشترط في الورقة الرسمية لكي تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات أن يكون مظهرها الخارجي سليما من العيوب المادية بحيث لا يحوط أي شك في رسميتها أو إيهام في صحتها، فإن اشتملت الورقة الرسمية على عيوب مادية ظاهرة تثير الارتياب كالكشط والشطب والحشر والإضافة والمحو من غير تصديق الشخص الذي صدرت منه جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمتها الإثباتية أو تنقصها دون حاجة إلى الطعن

---

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 238 –239 –240.

[2] ريم مراحي، "الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 11، العدد 01، 2018، ص 89.

فيها بالتزوير، ويجوز للمحكمة أيضا أن تأمر بإجراء تحقيق أو مضاهاة خطوط بشأنها حتى دون إتباع إجراءات الطعن بالتزوير[1]

ترفع الدعوى الأصلية للتزوير وفقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى، أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا، وطبقا للقواعد العامة في الاختصاص حسب نص المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مادام لم يرد نص خاص بشأنها، يتم التحقيق فيها بإتباع نفس الإجراءات المتعلقة بالادعاء بالتزوير الفرعي، وذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 165 إلى 170 و174 و 176 المتعلقة بالادعاء بالتزوير الفرعي، على أن يأمر قاضي التحقيق بإيداع المستند محل الطعن بالتزوير لدى أمانة ضبط المحكمة خلال ثمانية " 08 أيام " حسب المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على:" يأمر القاضي بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط خلال أجل لا يتعدى ثمانية (8) أيام وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 165، 167 إلى 170 و174 من هذا القانون"[2]

وإذا صدر الحكم في دعوى التزوير الأصلية بثبوت التزوير في العقد الرسمي، تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كليا أو جزئيا وإما بتعديله، حيث يسجل المنطوق على هامش العقد المزور، ويقرر القاضي إما إعادة إدراج أصل العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها أو حفظه بأمانة الضبط، كما يخضع الحكم الفاصل في دعوى التزوير إلى جميع طرق الطعن[3].

---

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 243.

[2] بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص 411.

[3] أنظر المادة 188 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

2-في الادعاء الفرعي بالتزوير:

نظم المشرع الجزائري الادعاء الفرعي بالتزوير بموجب أحكام المادة 180 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن يثار هذا الادعاء بموجب مذكرة تودع أمام القاضي الناظر في الدعوى الأصلية، ويجب أن تتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير تحت طائلة عدم قبول الادعاء على أن يقوم المدعى في الطلب الفرعي بتبليغ هذه المذكرة إلى خصمه، ويحدد القاضي أجلا للمدعى عليه للرد على هذا الطلب[1]

ترفع دعوى التزوير الفرعية أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى المدنية الأصلية بمناسبة مستند مقدم فيها، وذلك في أي مرحلة كانت عليها الدعوى الأصلية، وفقا للمادة 180 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08، وفي الغالب يثار الادعاء بالتزوير بصفة عرضية، ولكن يشترط ألا يكون قد صدر في شأنها حكم حائز على قوة الشيء المقضي فيه، لأن الدعوى الفرعية ماهي إلا طلب عارض من الدعوى الأصلية[2].

وتتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير، تحت طائلة عدم قبول الادعاء، ويجب على المدعي في الطلب الفرعي تبليغ هذه المذكرة إلى خصمه، ويحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للمدعى عليه للرد على هذا الطلب[3]

إذا أثار أحد الخصوم الادعاء الفرعي بالتزوير ضد عقد رسمي، جاز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك، إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد المطعون فيه، وإذا كان الفصل في الدعوى يتوقف

[1]عبيب محمد، بوراس محمد، المرجع السابق، ص93

[2]بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص 409.

[3]أنظر المادة 188 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

عليه، يدعو الخصم الذي قدمه للتصريح عما إذا كان يتمسك به، إذا صرح الخصم بعدم التمسك بالمحرر الرسمي أو لم يبدي أي تصريح استبعد المحرر، وإذا تمسك الخصم باستعماله دعاه القاضي إلى إيداع أصل العقد أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن ثمانية (8) أيام، في حالة عدم إيداع المستند في الأجل المحدد يتم استبعاده، وإذا كان أصل هذا المستند مودعا ضمن محفوظات عمومية، يأمر القاضي المودع لديه هذا الأصل بتسليمه إلى أمانة ضبط الجهة القضائية[1].

كما يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير[2]، وإذا قضى الحكم بثبوت التزوير، يأمر إما بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كليا أو جزئيا وإما بتعديله، ويسجل المنطوق على هامش العقد المزور، ويقرر القاضي إما إعادة إدراج أصل العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها أو حفظه بأمانة الضبط، ويخضع الحكم الفاصل في دعوى التزوير الفرعية إلى جميع طرق الطعن[3].

وإذا أمر الحكم برد المستندات المقدمة لا ينفذ إلا إذا حاز قوة الشيء المقضي به، ما لم يأمر بخلاف ذلك بناء على طلب المعني[4]، كما لا تسلم نسخة رسمية من المستندات المودعة بأمانة الضبط المطعون فيها بالتزوير، إلا بموجب أمر على عريضة[5].

---

[1]أنظر المادة 181 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

[2]أنظر المادة 182 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

[3]أنظر المادة 183 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

[4]أنظر المادة 184 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

[5]أنظر المادة 185 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21.

ثانيا: الادعاء بالبطلان

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه ولم تستوفي شروطه، فللعقد شروط وأركان إذا ما أخل بها المتعاقدان كان عقدهما باطلا أي منعدم الوجود قانونا، فتزول كل أثاره بالنسبة للمتعاقدين وكذلك الغير، وقد تناول المشرع الجزائري بطلان العقد في القسم الثاني في شروط العقد من الفصل الثاني المعنون بالعقد في المواد 99 إلى 105 من القانون المدني."

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق[1]، إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد[2].

يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل، غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به[3]

يترتب جزاء البطلان على العقد المبرم الذي لم يستوفي الشروط المحددة بالقانون والمتعلقة بركن الشكلية عند مما يجعله عديم الأثر القانوني بالنسبة للكافة دون استثناء، مع الأخذ بعين الاعتبار نوع

---

[1] المادة 99 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] المادة 102 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[3] المادة 103 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

البطلان المترتب وهذا متعلق بنوع الاخلال في تطبيق المقتضيات القانونية لقيام العقد الشكلي، حيث ينجر عن مخالفة قاعدة أمرة تحمي مصلحة عامة كان البطلان مطلقا، أما إذا كانت قاعدة مكملة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبي فقط أي قابلية العقد الشكلي للإبطال، فالبطلان اللاحق بالعقد الرسمي ناتج عن تخلف البيانات الجوهرية في العقد الرسمي ومخالفة أحكام المادة 324 من القانون المدني، كصدور المحرر من غير الضابط العمومي أو صدر منه و لكنه غير مختص، و لم تراعى الأوضاع القانونية المقررة وتجاوز في حدود سلطته واختصاصه فيعد من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفته[1]

البطلان المطلق هو ذلك البطلان الذي لا يقبل الإجازة و لا يمكن تصحيحه، وقد رتبت أحكام المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني أثار على البطلان بنصها :"يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل و يعتبر كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، كما قد يتحقق البطلان في حالة الطعن بالتزوير أمام القضاء الجزائي وصدور حكم قضائي بات في الدعوى العمومية و إدانة الموثق بجريمة التزوير في محرر يترتب عليه تلقائيا بطلان المحرر، و يتقرر البطلان عن طريق دعوى قضائية التي يرفعها المدعي أمام المحكمة، تهدف إلى تقرير البطلان أو الإبطال وفقا لقواعد الإجراءات المدنية والإدارية و لا سيما أحكام المواد 13-14-15 من قانون الإجراءات المدنية والادارية[2].

إن مخالفة الشروط القانونية لصحة السند الرسمي يرتب جزاء مدني ألا وهو البطلان، ويترتب عنه اعتبار العقد منعدم الوجود القانوني وكأنه لم يكن قبل تقريره، كذلك يرتب إعادة أطراف العقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تحريره، وهذا راجع إلى كونه من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته، ولا يرد عليه إجازة ولا تصحيح، لهذا يعد البطلان جزاء مدني مهم جدا قرر تشريعيا في مجال العقود المدنية

---

[1]عبيب محمد، بوراس محمد، المرجع السابق، ص97.

[2]عبيب محمد، بوراس محمد، المرجع السابق، ص98.

والتجارية، فهو وصف يأخذ على إطلاقها إذا تعلق بالعقد الرسمي أو التوثيقي المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظم لكيفيات تحريره سواء في قواعد الشريعة العامة أو القواعد الخاصة، مما يؤثر على صلاحية ذلك العقد؛ ووقف أثاره القانونية، إلا أن التفاوت في درجة البطلان تختلف باختلاف ما إذا كانت الشكلية مطلوبة لصحة العقد أو لإثباته[1].

من أمثلة بطلان العقد كسبب عدم احترام البيانات الجوهرية في تحرير العقد الرسمي، كأن يصدر من شخص لم يعترف له القانون بصلاحيته في تحرير العقود الرسمية، كذلك كأن يصدر العقد الرسمي من موثق غير مختص إقليميا ولا موضوعيا، أيضا صدور العقد بدون تاريخ مثلا وتحريره بغير اللغة العربية ... الخ، كما تجدر الإشارة إلى أن البطلان المطلق يلحق بكامل العقد وليس على جزء منه[2]

لا يمكن اعتبار هذا الجزاء كعقوبة، لأن البطلان في هذه الحالة لا ينصب على أطراف التصرف المثبت بموجبه ولا على الموثق القائم بتحريره، إنما هو جزاء مدني محض يقصد به حماية القواعد القانونية الخاصة بتحرير مثل هذه الأوراق؛ ويفهم من ذلك أن بطلان المحرر الرسمي قد يكون سببا في بطلان التصرف القانوني، لاسيما إذا كان هذا التصرف من التصرفات التي يتطلب فيها القانون الشكلية مع ملاحظة الخلاف بين دعوى بطلان المحرر ودعوى بطلان التصرف فلكل دعوى أسبابها وأحكامها[3]

كذلك بطلان التصرف الرسمي في كل التصرفات التي جعل المشرع الشكل الرسمي ركنا لانعقادها تبطل بطلانا مطلقا، مثل العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 ق م كنقل ملكية عقار أو محل تجاري، ولا يصح القول بصحة مثل هذه التصرفات عند انعدام الشكل الرسمي أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه، وهو الأمر الذي خاضت فيه المحكمة العليا كثيرا إذ كانت تقضي بصحة العقود الشكلية رغم تخلف الشكل

---

[1]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 283-284.

[2]بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، المرجع السابق، ص 412.

[3]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 284.

الرسمي فيها، إلا أنها تخلت عن ذلك منذ إصدارها وبغرفها المجتمعة القرار رقم 136156 بتاريخ 20/02/1997 الذي جاء فيه : " حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع – محل تجاري – شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد، ونفس الشيء جاء في القرار المؤرخ في 28/06/2000 الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات اعتمادا على المادة 12 من الأمر 70/91 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من القانون المدني وكذلك على المادة 16 من الأمر 75/74، وفي نفس السياق كذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم 210419 المؤرخ في 26/02/2000 عن الغرفة الثالثة: حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق"[1]

المطلب الثاني: الشهر العقاري

يعد العقار حجر الزاوية في كل تطور أو نية تطور اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي فهو يعد ثروة حقيقية، غير أن العقار لن يلعب ذلك الدور ما لم يضبط وتحدد الملكيات عامة كانت أم خاصة، ويعد نظام الشهر العقاري إحدى أهم دعائم الضبط العقاري فشهر التصرفات العقارية وإعلانها للكافة هو أحسن ضمان لتدعيم استقرار الملكية العقارية[2]

لم يكتف المشرع الجزائري في مجال نقل الملكية العقارية بمجرد تحرير العقد في شكله الرسمي، وكذا تسجيله لدى مصلحة الضرائب حتى تنتقل الملكية العقارية بل وضع لها شرطا جوهريا من دونه لا يمكن لأي محرر من المحررات الرسمية أن يرتب أثره العيني، ويتمثل هذا الشرط في " الشهر العقاري " حيث نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في

---

[1] الصالح بوغرارة، المرجع السابق، ص 102.

[2] بوراس محمد، "نظام الشهر العقاري في الجزائر: تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي؟"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص 51.

العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».[1]

تتمتع العقارات بحكم طبيعتها وبما لها من حيز ثابت لنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها لإجراءات شهر معينة، بحيث لا يتم شيء من ذلك إلا بإتمام تلك الإجراءات، ومن مجمل هذه الإجراءات يتكون ما يسمى بنظام الشهر العقاري[2]

يمثل الحق العيني الحق الذي يرد على شيء معين بالذات، ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء[3]

بالرجوع إلى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري عموما، بحيث نجدها تنص على: "وجوب شهر ما يلي:

التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو التصريح بها أو تعديلها أو إلغائها، والحقوق العينية كما نعلم نوعان، فإما أن تكون حقوقا أصلية وإما أن تكون حقوقا عينية تبعية، أما الحقوق العينية الأصلية فهي تلك التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكني، وكذا حق الارتفاق، وكلها حقوق يجب أن تخضع لإجراء الشهر العقاري إن هي كانت محل تصرفات قانونية، أما الحقوق العينية التبعية فهي تلك الحقوق التي تستند في

---

[1] مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، "آلية الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 207.

[2] حسين عبد اللطيف، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، لبنان، 1994، ص11

[3] مقلاتي مونة، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، دراسة في التشريعات المقارنة، دار هومة، الجزائر، ص 19

وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به ولذلك سميت بالتأمينات العينية أيضا، وتشمل هذه الأخيرة كلا من الرهن الرسمي العقاري، والرهن الحيازي في المنقول، وحق التخصيص، وحقوق الامتياز وكلها حقوق أخضعها المشرع لإجراء القيد، وهو شكلية غير مباشرة[1].

يوجد اختلاف جوهري وواسع بين النظام الفرنسي المطبق حاليا وبين نظام الشهر في الجزائر بشأن الطبيعة الإلزامية للشهر، ففي الجزائر يعتبر الشهر إجراء إجباريا في كل التصرفات والمحررات والوثائق الخاضعة له، ولا شهر في التصرفات والمحررات والوثائق التي لم يرد ذكرها صراحة في أي نص قانوني يدل على خضوعها للشهر العقاري، أما في فرنسا فإن هناك نوعان من الشهر، شهر إجباري وشهر اختياري وكل نوع منهما يتجزأ بدوره إلى شهر من أجل إعطاء حجية للمحررات المشهرة وشهر من أجل إعلام الغير فحسب، ولذلك فإن بعض العقود والمحررات تخضع إجباريا للشهر ويترتب على إشهارها إما الحجية وإما مجرد الإعلام، وبعضها يجوز شهرها ويجوز الاستغناء عن شهرها ويترتب على شهرها أيضا إما الحجية وإما مجرد إعلام الغير، وبحسب نوع الشهر وطبيعته تتحدد آثار الشهر وجزاء تخلفه[2].

جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها[3]

بالرجوع إلى المادة 793 من القانون المدني، والمادة 16 من الأمر رقم 75/74 فإن الحق العيني لا وجود له وأن الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا من تمام الشهر العقاري، أما قبل ذلك أي خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام التصرف إلى الساعة السابقة على الشهر، فإن الحق العيني يظل على الحالة التي كان عليها قبل إبرام التصرف القانوني، أي أن ملكية العقار موضوع التصرف لا تنتقل إلى المتصرف إليه،

---

[1]زحزاح محمد، يحياوي يوسف، المرجع السابق، ص 5

[2]ويس فتحي، المرجع السابق، ص282.

[3]عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 29

بل يبقى العقار مملوكا للمتصرف الذي يتمتع بكافة مزايا ملكيته، من تصرف واستغلال واستعمال، كما يترتب عليه تحمل كافة التكاليف المتعلقة بالعقار، وهذا ما يخول لدائن المتصرف الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار مدينه أي المتصرف، فحين لا يحق لدائن المتصرف إليه أي المشتري مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار باعتبار أن المتصرف إليه أي المدين لم يعد بعد مالكا للعقار[1]

يشترط المشرع في بعض العقود الكتابة الرسمية، ومع ذلك فإن ركن الشكلية لا يغني عن إجراءات الشهر العقاري فهذا الإجراء التبعي ليس عنصرا من عناصر العقد المدني، ولا إجراء لازما لصحة المحرر التوثيقي في حد ذاته، ولكنه إجراء إجباري لأطراف العقد، لما لهذا الإجراء من آثاره من ناحية سريان العقد ونفاذه في حق اطرافه والغير، فالتصرف العقاري غير المشهر يرتب حقوقا والتزامات شخصية متبادلة بين طرفيه مثل التزام المشتري بتسليم الثمن والتزام البائع بتسلم العقار محل البيع، ولكن هذه الالتزامات لا يحتج بها في مواجهة الغير الذي له مصلحة في العقار إلا من تاريخ شهره في المحافظة العقارية[2].

يقصد بحجية الشهر بين الأطراف مدى ما يتولد عن هذا الشهر من ثبوت للحق لفائدة المتلقي[3]

أما غياب الشكلية في الحالة التي تتطلبها القانون لسريان العقد ونفاذه، كما في حال إجراء الشهر وإجراء القيد فإن ذلك يترتب عليه عدم الاحتجاج بالتصرف القانوني في مواجهة الغير وليس بطلانه، فالعقد غير المشهر عقد صحيح على كل حال والعقد غير المقيد صحيح هو الآخر، وقد يرتب العقد غير المشهر وكذا غير المقيد التزامات وحقوق شخصية بين طرفيه[4].

---

[1]بلحو نسيم، "أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 08، 2017، ص322

[2]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 188.

[3]ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 475.

[4]مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 24.

وجدير بالتنويه أن الشهر في بعض التصرفات القانونية كما هو الحال في عقد بيع العقار، إنما يترتب عليه انتقال الملكية العقارية بحصول التسجيل الذي تتطلبه نصوص القانون، فإذا تم التسجيل انتقلت الملكية قانونا، وأصبحت نافذة في حق الغير من تاريخ التسجيل، وأما إذا تم بيع الأموال المقاربة خارج دائرة التسجيل، فإن العقد العرفي يعتبر باطلا مطلقا في بيع العقارات والمحلات التجارية ومن ثم فإن الفرق الجوهري بين الشهر والشكلية، هو أن الشهر لا يعتبر شكلا يترتب على تخلفه بطلان التصرف القانوني، في حين أنه إذا كان العقد شكليا، فإن العقد لا ينعقد أصلا إلا بتحريره في ورقة رسمية وإلا كان باطلا، فالشكل هنا ركن أساسي في العقد، وهو أداة إشهار وإثبات في نفس الوقت، فإذا رفض أحد الأطراف تسجيل ذلك في المحافظة العقارية، أي تكملة الإجراءات القانونية الواجبة لانتقال الملكية العقارية، فإن الطرف المتضرر من ذلك، يتمثل حقه في المطالبة القضائية، بتعويض عما ناله من ضرر مادي ومعنوي من جراء ذلك، وفقا للمادة 176 من ق.م[1].

يختلف التسجيل عن الشهر العقاري كون التسجيل يتم لدى مصلحة التسجيل (الضرائب)، أما الشهر العقاري فيتم في المحافظة العقارية، والمكلف بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل أما المكلف بعملية الاشهار العقاري هو المحافظ العقاري، والتسجيل لا يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية بل دوره يقتصر فقط على إعطاء تاريخ ثابت للتصرف، كما أنه لا يعتبر اشهارا للحق، فالتسجيل يولد حق شخصي أما الشهر فيولد حق عيني وبه تنتقل الملكية[2]

فنظام الشهر العقاري في الجزائر هو نظام عيني يقوم على أساس مسك السجل العقاري، المتكون من مجموعة بطاقات عقارية في ظل هذا النظام يرتكز شهر التصرفات العقارية على العقار ذاته، أين يكون

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص324.

[2] مزيان محمد أمين، فاصلة عبد اللطيف، أحكام تسجيل عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 02، 2015، ص357.

محل اعتبار، أي أن السجل يمسك بحسب العقارات وبياناتها لا بحسب الأشخاص، وذلك عكس ما هو معمول به في نظام الشهر الشخصي[1].

فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا وفقا لقراراتها المشهورة الحديثة أن انعقاد بيع العقار يجب أن يكون أمام الموثق أو موظف عمومي آخر مختص وفقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من ق.م غير أنها وانطلاقا من أحكام القانون المدني الجزائري التي تعتمد الرضائية أصلا في العقود، حكمت حديثا في قرار مهم بأنه لا يجوز للقضاء أن يلزم أحد الأطراف على التوقيع على العقد، ولو كان عقدا شكليا كالبيع العقاري، لأن ذلك يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة[2]

هذا وقد ذهب المشرع الجزائري من خلال المادة 165 من القانون المدني إلى أن: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني أخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري"

ومن ثم فإن انتقال الملكية العقارية يبقى متوقفا على مراعاة إجراء الشهر العقاري، وبذلك فإنه لا الرسمية ولا التسجيل تغني عن هذا الإجراء، لذلك فإن عدم شهر المحررات رغم توفر الرسمية واستيفاء إجراء التسجيل فيها، يحول دون ترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو إتجاه الغير، والجدير بالذكر أنه بالرغم من أن الشهر العقاري هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات والقروض العقارية، إلا أنه لا يعد ركنا في التصرف ولا في الحكم القضائي ولا في القرار الإداري، لأن هذه الأخيرة صحيحة ومنتجة لأثارها بين الأطراف والخصوم، عكس

[1] حمري عبد القادر، المرجع السابق، ص 188.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص324.

الرسمية التي تعتبر ركنا في التصرفات العقارية والأحكام القضائية التي يستلزمها القانون تحت طائلة البطلان[1]

إن الشهر في ظل نظام الشهر العيني يعتبر مصدرا للحقوق العقارية، إذ لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول إلا من تاريخ شهرها، فلا ينتج عن التصرفات العقارية التي لم تشهر، سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد، متى استوفى هذا الأخير الشكلية المطلوبة لانعقاده، وبذلك جعل المشرع الجزائري من الشهر العقاري هو المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية، ويستشف ذلك من مجموع الأحكام والنصوص التي تناثرت بين القانون المدني الصادر بمقتضى الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر لسنة 1975، وكذا الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري[2].

تنص المادة 15 من الأمر رقم 75-74 على أنه "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية. "، كما نصت المادة 16 من نفس الأمر على: " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية"، وهو ما أكدت عليه من قبل المادة 793 من القانون المدني يستشف من النصوص السابقة أن المشرع الجزائري جعل الشهر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وعليه فهو يتمتع بالحجية المطلقة في مواجهة الكافة من تاريخ القيد[3]

---

[1]مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، المرجع السابق، ص 207-208

[2]بلحو نسيم، المرجع السابق، ص 316.

[3]بضياف هاجر، "إشكالات شهر العقود الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، العدد 02، 2021، ص13

ونصت المادة 61 من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي" يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد اشترط الرسمية في جميع العقود والوثائق للشهر ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ، فكل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل رفض الإيداع من قبل المحافظ العقاري، لأن هذا المبدأ لا يعتبر مجرد إجراء شكلي في نفس درجة الشهر [1]

بالرجوع إلى كافة التشريعات يتضح أنها أعطت أهمية بالغة لموضوع الشهر العقاري، حيث اشترطت شهر بعض التصرفات والعقود خاصة إذا انصبت على عقار، لأن الشهر له العديد من الأهداف، فهو يعطي ضمانات أكثر للتصرفات المبرمة بين الأشخاص، ويحافظ على استقرارها حتى تكون حجة على الكافة بمجرد تسجيلها وشهرها[2]

يعتبر تسجيل عقد البيع العقاري لدى مصلحة الضرائب مسألة قانونية جوهرية تهدف الى ضمان استقرار الملكية العقارية ودعم الثقة في المعاملات المتعلقة بها، وملئ خزينة الدولة لدى حرص المشرع الجزائري على تنظيم عملية التسجيل[3]

الفرع الأول: إجراءات الشهر العقاري

لم يكتف المشرع بالشروط المذكورة في المادة 324 من حيث أهلية واختصاص الشخص المؤهل بتحرير الورقة الرسمية المثبتة للمتصرف الوارد على العقار والبيانات الواردة في هذا المحرر، وإجراء التسجيل المذكور في إثبات التصرف الوارد على العقار، وإنما أضاف إليها شرطا جوهريا وهو الشهر العقاري كإجراء

---

[1]حمري عبد القادر، المرجع السابق، ص190-191.

[2]بريك الطاهر، "دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة معارف، السنة السابعة، العدد 15، ديسمبر 2013، ص 202.

[3]مزيان محمد أمين، فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص356

ضروري، وبدونه لا يمكن لأي عقد من العقود المثبتة للملكية العقارية أو لحق عيني عقاري أن يرتب أثره العيني، وهو ما أكده بموجب الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، عندما نص أن كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا يكون له أثر بالنسبة للأطراف ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية، بعد أن نصت المادة 793 من القانون المدني بأن الملكية والحقوق العينية لا تنتقل في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري[1]

إن مبدأ الأثر المنشئ للشهر قد تطور من حيث أطرافه مع تطور نظم الشهر العقاري في مختلف التشريعات المقارنة، فقد تطور هذا الأثر وانتقل من القاعدة المزدوجة في نقل الملكية العقارية، والتي مؤداها أن الملكية العقارية كانت تنتقل بين المتعاقدين فور العقد، ولكن لا يجوز للمشتري أن يحتج بها على الغير، إلا إذا شهر عقده، أي أن الأثر المنشئ لا يكون إلا في مواجهة الغير فقط إلى توسيع وتوحيد القاعدة بالنسبة للغير والمتعاقدين كذلك، حيث أصبحت الحقوق العينية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا بإتمام إجراءات الشهر في السجل العقاري[2].

أولا: التسجيل

بعد القيام بعملية الإيداع القانوني للمحررات الرسمية الخاضعة للشهر من طرف الأشخاص المؤهلين لتحرير العقود، مع مراعاة القيام بتسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع حتى تكتسب تاريخا ثابتا، يتجلى نشاط المحافظ العقاري في القيام بالفحص الدقيق والشامل لهذه السندات والوثائق، ويتأكد من مدى توفر

---

[1] علياتي محمد، "فعالية نظام التوثيق ودوره في تحقيق استقرار المعاملات العقارية"، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 1، 2021، ص 423.

[2] سليمان بن الشريف، إبراهيم يامة، "نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية- دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد6، العدد 1، جوان 2019، ص 58.

قاعدتي الرسمية والشهر المسبق، إضافة إلى البيانات المتعلقة بتحديد هوية الأطراف والعقارات، فإذا توفرت هذه الشروط يتم قبول الإيداع ويترتب على ذلك تنفيذ إجراء الشهر، وإن كان غير ذلك يتم رفض إجراء الشهر العقاري[1]

يتم التسجيل مقابل اقتطاع غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يرغب استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة، فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني فتأتي هذه الضريبة بأهداف مالية واقتصادية واجتماعية[2]

نصت المادة 28 من قانون التوثيق يحصل الموثق الحقوق والرسوم مختلف أنواعها الحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ويدفع مباشرة بقبضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة وفضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حسابا خاصا لدى الخزينة ليودع في المبالغ التي يحوزها، حيث يقوم الموثق بتسجيل العقد الرسمي لدى مصلحة التسجيل التابع لها مكتب التوثيق إقليميا، وهذا ما نصت عليه المادة 1/75 من قانون التسجيل: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم"، ويجب أن يتم التسجيل خلال 30 يوم وإذا ما قام الموثق بالتأخير في عملية التسجيل تطبق في حقه عقوبات جبائية حسب المادة 93 من قانون التسجيل، نصت المادة 15 من قانون التسجيل على إجراءات التسجيل حيث أن "تسجيل العقود الموثقة ... التي يتم تلخيصها مسبقا في الكشوف المعدة من طرف المحررين على النسخ الأصلية ويجب إيداع هذه الكشوف لدى مصلحة التسجيل في نفس الوقت الذي تقدم فيه الدفاتر والنسخ الأصلية والبراءات وعند مخالفة ذلك يرفض التسجيل"[3].

---

[1] مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، المرجع السابق، ص 210.

[2] مزيان محمد أمين، فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 360.

[3] صفاي العيد، المرجع السابق، ص 2333.

يتعين على الموثقين، والمحضرين، ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي:

-10%إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد (01) وثلاثين (30) يوما

-3% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير إذا كان الايداع قد تم بعد اليوم الأخير، وذلك دون أن تتعدى مجموع الالتزام المالي والغرامة الجبائية[1]

بعد أن يتأكد المحافظ العقاري من الإيداع القانوني للوثائق والسندات الخاضعة للشهر العقاري، يتولى عملية الإشهار خلال مدة خمسة عشر 15 يوما التالية لتاريخ إيداعها، ويكون للشهر أثر فوري لا يرتد إلى تاريخ إبرام التصرف وبه ينشأ بحيث لا وجود لحق الملكية العقارية أو للحق العيني التبعي حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا من تاريخ إشهاره بالمحافظة العقارية طبقا للمادتين 15و16 من الأمر رقم 75/74، أما خلال الفترة الممتدة بين تاريخ إبرام التصرف إلى الساعة السابقة على الشهر، فإنه يظل الحق العيني على الحالة التي كان علما قبل تاريخ إبرام التصرف، وينتج عن إجراء الشهر إنشاء البطاقة العقارية وتسليم الدفتر العقاري[2]

ثانيا: افتتاح عملية المسح العام للأراضي

عملية المسح العام للأراضي أو عملية المسح العقاري هي عملية فنية و قانونية تهدف إلى وضع هوية العقار عن طريق تثبيت وتحديد مواقع العقارات وتحديد مواقع العقارات، وتحديد أوصافها الكاملة وتعيين الحقوق المترتبة عليها والتعريف بالأشخاص المترتبة عليهم هذه الحقوق تخضع جميع الأملاك العقارية دون استثناء سواء كانت خاصة أو عامة إلى عملية المسح، وذلك على كل قطر التراب الوطني،

---

[1]مزيان محمد أمين، فاصلة عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 366.

[2] مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، المرجع السابق، 213.

وهذا ما نصت عليه المادة 04 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي جاء فيها ما يلي : "يتم على مجموع التراب الوطني تحديد الملكيات قصد أعداد مخطط منظم و تأسيس مسح للأراضي."

يتم إنشاء لجنة لمباشرة عملية المسح بمجرد افتتاح عملية المسح على مستوى البلدية تتم إنشاء لجنة المسح، وتتشكل هذه اللجنة من عدة أعضاء مكلفة بمهمة المسح وتحديد مهامهم، وهذا حسب المادة 07 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي تحدد تشكيلة لجنة المسح للأراضي، وتتكون هذه اللجنة من:

قاضي من المحكمة التي توجد ضمن دائرة اختصاصها وهو يقوم برئاستها، تعيين رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يمثله ويكون نائب الرئيس، موثق يعين من طرف الغرفة الجهوية للموثقين، ويكون له دور أساسي في عمل المسح العقاري وحضوره ضروري عند افتتاح هذه العملية ممثلا عن ادارة الأملاك الوطنية أو أملاك الدولة الذي يعمل على تجسيد أهداف عملية المسح، إضافة إلى التحقق من عدم المساس بالأملاك الوطنية التابعة لأملاك الدولة، ممثلا لمصالح المحلية الادارة الضرائب المباشرة، ممثل وزارة الدفاع.. ممثل مصلحة التعمير في الولاية[1].

كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي مجموعة من العمليات التي تمر بها عملية المسح العام، فهناك الأعمال التحضيرية وذلك لتهيئة الأرض الخصبة لمباشرة المسح، وأعمال ميدانية والتي تعني مباشرة الأشغال والتحقيق العقاري، كما جاء في نفس المرسوم أن مشروع اعداد قرار بداية عملية المسح على كل بلدية يقوم به مصالح الأراضي بالولاية، يليها مباشرة الإجراءات من طرف هيئات المسح العقاري بقيام الأعمال المادية والتقنية، كما تنقسم هذه الأعمال الى أعمال تحضيرية وأخرى

---

[1] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1951.

ميدانية وتتمثل المهمة التقنية للمسح في عمليتين تنفذهما فرقة المسح هما التحديد المادي للعقارات، والقيام بأعمال البحث والتحري بشأنها وجمع البيانات المتعلقة بأصحاب الحقوق العينية العقارية، يعتبر المسح كقاعدة لمخططات التهيئة والتعمير [1]

بعد انتهاء المصلحة المكلفة بالمسح، تقوم بإيداع جميع الوثائق التي تحتوي على بيانات سواء المتعلقة بوضعية العقار محل المسح أو الفرد المالك، تتم عملية ايداع الوثائق والبيانات التي تم جمعها عند القيام بعملية المسح لدى المحافظة العقارية المختصة اقليميا، بعد الانتهاء من الاجراءات المسحية لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية، وذلك من أجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية وشهرها في البطاقات العقارية التي يتم اعدادها في السجل العقاري، حيث تثبت هذه الوثائق في محضر يسلم للمحافظ العقاري مقابل وصل استلام، ويتم هذا المحضر في أجل 08 أيام يمنح لكل ذي مصلحة أجل 04 أشهر للاطلاع على الوثائق خلال عملية المسح وتقديم الاعتراضات بشأنها، وإيداع كل الوثائق التي لم تسلم للجنة المسح أو أنها لم تتم قبولها من هذه الأخيرة، وتشكل هذه العملية همزة وصل بين ادارة المسح والمحافظة العقارية، والتي من خلالها يشرع المحافظ العقاري في الترقيمات العقارية[2].

ثالثا: الترقيم العقاري

يتم اعداد وتسليم الدفتر العقاري بعد القيام ببعض الأعمال القانونية المتمثلة في تحديد حدود البلديات والملكيات داخل كل بلدية، والتحقيق في الميدان لإبراز أصحاب الحقوق والملاك وإعداد وثائق المسح من مخططات وسجلات تبين العقارات الممسوحة وترقيمها ورسم حدودها، ثم تودع كل هذه الوثائق لدى المحافظة العقارية، ليتكفل المحافظ العقاري بإنشاء السجل العقاري، عند الانتهاء من إجراءات المسح في

---

[1] برابح هدى، "خطوات ومراحل عملية مسح الأراضي في ظل التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 11، العدد 02، 2023، ص 170.

[2] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1954.

البلدية المعنية، تودع وثائق المسح بالمحافظة العقارية وتتم معاينة إيداع الوثائق بمحضر تسلم وثائق المسح محرر من قبل المحافظ العقاري، حيث يذكر فيه تاريخ الإيداع، ويحاط الجمهور علما عن طريق الإعلان في الصحافة بهذا الإيداع ويمنح لكل ذي مصلحة أجل (04) أربعة أشهر للاطلاع على الوثائق وتقديم الاعتراضات، وإيداع كل الوثائق التي لم تسلم للجنة المسح أو لم تقبل لإثبات حقوق المتظلمين على الأراضي والعقارات موضوع المسح، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يعترض على تثبيت أو إشهار أي حق لصالح الغير[1].

عند الانتهاء من عملية المسح العقاري في البلدية المعنية تودع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية، ويعتبر الترقيم قد تم من يوم الامضاء على محضر تسلم وثائق المسح، التي يتم عليها تعيين الحقوق المتعلقة بالعقارات، وهو ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المعدل والمتمم على أنه: " يقوم المحافظ العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري بمجرد استلامه وثائق مسح الأراضي يعتبر الترقيم قد تم من يوم الامضاء على المحضر تسليم وثائق مسح الأراضي [2]

بعد إيداع وثائق المسح على مستوى المحافظة العقارية، يقوم المحافظ العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري، بمجرد الإمضاء على محضر تسلم الوثائق المسحية، إما ترقيما نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقا للتشريع المعمول به، وإما ترقيما مؤقتا في الحالات التي يكون فيها العقار بدون سند، ولا يستند فيه إلا للوقائع المادية التي تسمح باكتساب الملكية عن طريق التقادم – كما في الحيازة – واستنادا إلى ذلك، يمكن تقسيم الترقيم المؤقت إلى ترقيم مؤقت لمدة 4 أشهر، وترقيم مؤقت لمدة سنتين وهذا النوع من الترقيم يثير العديد من الإشكالات عند

[1] حساين سامية، قونان كهينة، "الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 4، 2020، ص 451.

[2] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1954.

عملية الجرد الشامل، حيث تعترض إدارة مسح الأراضي أنواع من العقارات مجهولة الهوية ولم تكن موضوع تسجيل من قبل، ولا موضوع طلب تسجيل ما يجعل من اثبات الملكية معقدا[1]

يتم الترقيم العقاري على أساس معلومات مدرجة في البطاقة العقارية والتي تحتوي على كل المعلومات الضرورية لتحديد الطبيعة القانونية للعقار، ودراسة هذه الوثيقة يمكن أن يبين احدى الحالات عقار بسند وعقار بدون سند ولا يوجد أي عنصر يسمح للمحافظ العقاري تحديد وجود حقوق عينية لصالح المالك الظاهر، والعقارات المحقق طببعتها لم تكن موضوع مطالبة من أي شخص كان[2]

رابعا: تأسيس البطاقات العقارية

يقوم نظام الشهر العقاري في الجزائر على أساس إداري، ذلك أن عملية تأسيس السجل العقاري ومسكه خولها المشرع إلى موظف عمومي يسمى بالمحافظ العقاري، والذي يتم تعيينه بموجب قرار صادر عن وزير المالية من أجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري، يطلق عليها اسم المحافظة العقارية وهو مكلف بتنفيذ السياسة العامة للدولة في ميدان تنظيم الملكية العقارية، ويقوم بعدة مهام من بينها إنشاء مجموعة البطاقات العقارية وتأسيس السجل العقاري بناء على وثائق مسح الأراضي، وهو مكلف كذلك في إطار مهامه بالتأكد من مدى توافر الشروط اللازمة في عملية الشهر[3]

---

[1]حساين سامية، قونان كهينة، المرجع السابق، ص 451.

[2]هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1954.

[3]المزوار قدور، "سلطات المحافظ العقاري في مراقبة إجراءات الشهر العقاري"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الثاني 2018، ص 102.

تلي عملية ترقيم العقارات عملية تأسيس بطاقات عقارية، من خلالها تتبين الحالة القانونية والمادية للعقار بسهولة، وتوفر حماية المتعاملين في العقار وتنشط الائتمان العقاري، كما أن كل عقد ووثيقة تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، ينتج عنه إنشاء بطاقات عقارية، كذلك التأشير للدفتر العقاري[1]

الأمر 63/76 أوكل الأمر مهام إعداد مسح الأراضي والمحافظة عليه إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية إلا أنه بصدور المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المؤرخ في 19/12/1989 أصبحت هذه المهام من اختصاص الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، كما أكد على ضرورة إنشاء السجل العقاري وأن هذه العملية لا يمكن أن تتم إلا بعد القيام بعملية المسح العام للأراضي التي تحدد وتعرف النطاق الطبيعي على العقارات على إقليم كل بلدية، ويعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية، ويمسك على شكل مجموعة البطاقات العقارية التي ينسخ محتواها على الدفتر العقاري الذي يسلمه المحافظ العقاري إلى المالك باعتباره سندا على ملكيته[2]

خامسا: تسليم الدفتر العقاري

نصت المادة 18 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على: " يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات... "، هذا ونصت المادة 19 من الأمر ذاته على أن: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر العقاري الذي يشكل سند الملكية "، من خلال نص المادتين يمكن إعطاء تعريف للدفتر العقاري الذي هو عبارة عن نسخة مطابقة للبطاقة العقارية والسجل العقاري الممسوك من طرف المحافظ العقاري، تنشأ بمناسبة الإجراء الأول للشهر

---

[1] حساين سامية، قونان كهينة، المرجع السابق، ص 451.

[2] بن يمينة أمينة، فراحي كوثر، زهدور السهلي، "إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري طبقا للتشريع الجزائري"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص ماي 2018، ص 149

العقاري وتوضع بين يدي صاحب الحق حتى يمكنه من إثبات حقوقه العينية المشهرة متى احتاج إلى ذلك دون اللجوء إلى إدارة الحفظ العقاري لاستخراج شهادة آنية بذلك، ويتم ضبطه ومطابقته للسجل العقاري مع كل إجراء"[1]

حدد شكل الدفتر العقاري القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 27 ماي 1976 وبالضبط في النموذج الملحق به، فاشترطت المادة 45 من المرسوم 76-63 في الدفتر العقاري ما يلي[2]، يتم اعداد الدفتر العقاري عن طريق نسخ البيانات الموجودة على البطاقات العقارية المنشأة بموجب الإجراء الأول لشهر حق الملكية والحقوق العينية الأخرى في السجل العقاري، هذا النسخ يجب أن يكون بكيفية واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحى، والبياض يشطب عليه بخط والجداول مرقمة وموقعة وتكتب الأسماء العائلية للأطراف بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف صغيرة، كما ويمنع التحشير والكشك والأغلاط أو السهو تصحح عن طريق الإحالات التي تكون مرقمة ومسجلة ويوافق عليها المحافظ العقاري، ويشهد هذا الأخير على صحة المعلومات المدونة في الدفتر العقاري عن طريق توقيعه ووضع ختم المحافظة العقارية[3]

طبقا لنص المادة 18 من الأمر 75 - 74 فإن: "الدفتر العقاري يسلم لمالك العقار بمناسبة إجراء القيد الأول حيث تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية"، من خلال المادة يتضح أن الدفتر العقاري يسلم للمالك الذي ثبت حقه على عقار ممسوح، وتم إنشاء بطاقة عقارية تظهر الوضعية

---

[1]بوخروية كلثوم، "الطبيعة القانونية للدفتر العقاري والجهات القضائية المختصة بالفصل في النزاع"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد01، 2020، ص 224.

[2]جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 198.

[3]بلجدوي بسمة، "النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة المعيار، المجلد 12، العدد 2، ديسمبر 2021، ص 405.

القانونية للعقار المعني، وتجدر الإشارة أن نقل الملكية لا ينجم عنه إنشاء بطاقات عقارية جديدة بل بضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم ويسلم للمالك الجديد[1].

يسلم الدفتر العقاري للمالك الذي يثبت حقه على عقار ممسوح، أي بعد تعيين مجموعة الملكية وإجراء الترقيم النهائي، وإنشاء بطاقة عقارية تظهر الوضعية القانونية للعقار المعني؛ وكل نقل للملكية لا يؤدي إلى إنشاء بطاقة جديدة، بل يتم فقط ضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم، ليتم تسليمه للمالك الجديدة ففي حالة البيع مثلا، فإن الدفتر الذي يكون في حوزة البائع، يودع لدى المحرر من طرف الموثق لدى المحافظة العقارية، وعندما يشهر العقد يؤشر في الدفتر العقاري بانتقال الملكية ويسلم نفس الدفتر الجديد، أما في حالة قسمة الملكية، فعلى المحافظ العقاري إعداد دفتر عقاري جديد[2].

ففي حالة بيع العقار يقوم البائع الذي بحوزته الدفتر إيداعه مع عقد البيع المحدد من قبل الموثق لدى المحافظة العقارية، ليتم شهر العقد ويؤشر بعدها على الدفتر العقاري بانتقال الملكية ويسلم ذات الدفتر للمشتري (المالك)، لكن في حالة قسمة مجموع ملكية الحصص، فإنه يتم إنشاء بطاقات عقارية خاصة بكل قطعة، ويحدث دفتر عقاري لكل قطعة أيضا، ويحفظ الدفتر السابق في الأرشيف ويؤشر على صفحاته أنه ألغى وتسلم الدفاتر الجديدة للملاك، أما إذا تمثل المالك في عدة أشخاص كما في حالة الملكية الشائعة، فإنه يحتفظ بالدفتر العقاري الوحيد بالمحافظة العقارية، ويستعاض عن ذلك بتسليم كل شريك في الشيوع مستخرج من الدفتر العقاري المحتفظ به، هذا ويمكن للشركاء على الشيوع سحب الدفتر العقاري منى عينوا

---

[1] جليط جهيدة، "حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية"، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2018، ص 198-199.

[2] حساين سامية، قونان كهينة، المرجع السابق، ص 452

وكيلا عنهم بموجب وكالة قانونية لحيازة الدفتر، في هذه الحالة يتعين على المحافظ العقاري أن يشير في البطاقة العقارية إلى الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري[1].

حين استكمال عملية المسح العام العقاري وثبوت حق المالك يتم اعداد دفتر عقاري يسلم له ولابد أن يكون مستوفيا للنموذج المحدد قانونا، وهو ما تجده بمقتضى المادة 54 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، أما في حالة الضياع يحق للمالك الحصول على دفتر أخر يؤشر في البطاقة العقارية وهذا وفقا للمادة 52 من مرسوم تنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، يكون اتلاف الدفتر العقاري في حالة احداث تغييرات على الوحدة العقارية، ومن ثم فكل اجراء يؤدي إلى تغيير في بطاقة عامة لعقار أو بطاقة خصوصية لملكية مشتركة يقوم المحافظ العقاري بإعداد دفتر جديد واتلاف الدفتر القديم ويشير الى هذا الاتلاف على البطاقة العقارية، وذلك وفقا لنص المادة 49 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[2].

يسلم الدفتر إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، ويعد هذا الدفتر العقاري كنتيجة لإنشاء كل بطاقة عقارية، يقدم إلى مالك العقار وتنسخ فيه كل البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية، ويكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية، ويعتبر سندا قانونيا قويا للملكية فلا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل العقاري من دونه، وكل تأشير في البطاقة العقارية العينية ينبغي أن ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار، وهذا في المناطق الممسوحة فعندما يتصرف المالك صاحب الدفتر العقاري تصرفا ناقلا

---

[1]جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 199.

[2]هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1956.

للملكية العقارية يضبط دفتره ويؤشر عليه بهذا التصرف ويتم تسليمه للمالك الجديد، وإذا أعد المحافظ العقاري دفترا جديدا فإنه يعمل على إتلاف الدفتر السابق مشيرا إلى ذلك في بطاقته العقارية[1].

وبالتالي فإن تسليم الدفتر العقاري يختلف باختلاف من له الحق في الملك سواء كان انفراديا أو ملك على الشيوع، أما فيما يتعلق بالملك الانفرادي فانه يسلم إلى صاحب الملك بصفة شخصية، وإذا كان ملك مشاع فإنه يسلم الى الوكيل الذي يعين بموجب وكالة قانونية، أين يؤشر المحافظ العقاري على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار، لأن منح الدفتر العقاري لصاحب الحق له حجية في اثبات ملكيته[2].

سادسا: آثار الشهر العقاري

والتي تتمثل أساسا في نقل الملكية طبقا للتشريع الجزائري، حيث أن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى، كحق الارتفاق وحق الانتفاع، لا يتم إلا بإتمام إجراءات الشهر، سواء تم التصرف الناقل للملكية العقارية بعوض، كما هو شأن عقد البيع، أو تم بدون عوض كما هو حال الهبة، وهذا الأثر القانوني يسري في حق أطراف هو بالتبعية على الغير كذلك، بدءا من تاريخ الشهر وليس من تاريخ البيع، فالأثر المنشئ للشهر العقاري العيني الذي يقصد له، أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ في ظل نظام السجل العيني على الوحدة العقارية إلا بقيدها في السجل، ولا وجود لها قبل إجراء هذا القيد، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الوجود هو إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال تلك الحقوق، كما تستوي في ذلك الحقوق العينية والتبعية، فكلها في هذا الخصوص سواء، حيث أن القيد هو الطريق الوحيد لوجودها[3]

لا يمكن إنكار فائدة الشهر في كل تصرف عقاري فهو يؤمن قيد الحقوق العينية العقارية، وما يتعلق بها أو ما يجرى عليها من تصرفات، بحيث يتيسر لكل ذي مصلحة العلم بوجود الحق العيني وما يثقل

[1]مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، المرجع السابق، ص 215.

[2]هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1956.

[3]ديش تورية، المرجع السابق، ص502.

العقار من أعباء فلا يقدم على التعامل فيه، إلا وهو مطلع على حالة العقار فلا يصيبه أي ضرر، إضافة إلى تسهيل تداول الأموال العقارية وترتيب الأثر العيني في نقل الملكية العقارية وتشجيع الائتمان العقاري[1]،

إن الحقوق العينية العقارية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا بإتمام إجراءات الشهر في السجل العقاري[2]، والجزاء المترتب على عدم القيام بإجراءات الشهر لاسيما من قبل الموثق ليس بطلان التصرف القانوني، وإنما عدم الاحتجاج بهذا التصرف في مواجهة الغير، من ثم فإن الطاعن لا يستطيع إنكار العمل القانوني ولا يؤثر طعنه على صحة التصرف القائم بين أطرافه كما لا يعفي من سريان آثاره فيما بينهم[3].

لذلك كان نظام الشهر العقاري ذا فائدة قصوى، إذ صمم خصيصا لإنشاء حالة مدنية حقيقية للممتلكات العقارية، إذ يتيح لأصحاب العقارات الحصول على القروض اللازمة لاستثمار عقاراتهم، أو للقيام بمشروعات أخرى تنعكس إيجابياتها على الجوانب الاقتصادية والاجتماعية في حياة أي مجتمع، فتعمل على تنشيط الحركة الاقتصادية وتنمية الثروة الوطنية، كما أنه في نطاق الاقتصاد الحديث يشجع الملكية الفردية والتداول الحر للأملاك، فالشهر العقاري يعد الوسيلة الناجعة لتنظيم المعلومة العامة الموثوقة عن النظام القانوني لكل عقارات التراب الوطني، كما يعتبر وسيلة لمحاربة خفية التبادلات وتحويلات الملكية والقروض العقارية[4]

---

[1]بلحو نسيم، المرجع السابق، ص314.

[2]جمال بوشنافة، "الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 03، العدد 04، جانفي 2011، ص110.

[3]ديش تورية، المرجع السابق، ص506.

[4]بلحو نسيم، المرجع السابق، ص314.

إذا حدث وفقد المالك الدفتر العقاري المسلم له، أو اتلف بسبب حادث، جاز له الحصول على دفتر جديد بعوض المفقود أو المتلف، باتباع الإجراءات التالية:

تقديم طلب مكتوب ومسبب مدعم بتصريح بضياع مسلم له من الجهة المختصة يوجه للمحافظ العقاري.

-إثبات هويته أمام المحافظ العقاري.

– تأشير المحافظ العقاري على البطاقة العقارية بحصول صاحبها على دفتر جديدة[1]

فمن أثار الشهر يسلم الدفتر العقاري للمالك الذي ثبت حقه على عقار ممسوح، ويتم إنشاء بطاقة عقارية تظهر الوضعية القانونية للعقار المعني، وكل نقل للملكية لا يؤدي إلى إنشاء علاقات جديدة، بل يؤدي إلى ضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم وتسليمه إلى المالك الجديد، وفي حالة البيع يودع الدفتر العقاري الذي كان بحوزة المالك مع عقد البيع المحرر من قبل الموثق لدى المحافظة العقارية، وبعد شهر هذا العقد يؤشر على الدفتر العقاري بانتقال الملكية، ويسلم نفس الدفتر العقاري للمالك الجديد[2]

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للدفتر العقاري

عند الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري يسلم سند إداري إلى من انتقلت لهم ملكية العقار، ألا وهو الدفتر العقاري، ويعد هذا الأخير نتيجة مترتبة عن إنشاء البطاقة العقارية، حيث يتم تقديمه إلى مالك العقار وتنسخ فيه كل البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية، ويكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية، ويعتبر سندا قانونيا يتمتع بالقوة الثبوتية للملكية فلا

[1] جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 199.

[2] بلجدوي بسمة، المرجع السابق، ص 405.

يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل العقاري من دونه وكل تأشير على البطاقة العقارية العينية يستلزم بالضرورة نقله كذلك على الدفتر العقاري حتى يتم رسم الوضعية القانونية للعقار [1]

لقد توجه المشرع الجزائري نحو اعتماد نظام الشهر العيني للحقوق العقارية بمختلف أنواعها بدلا من الشهر الشخصي للحقوق العقارية بفكرة إعداد الدفتر العقاري، حيث تم إصدار أول مرسوم بتاريخ 5 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية العقارية ثم بعد ذلك صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، وهو أول قانون تقرر بموجبه نظام الشهر العيني للحقوق العقارية بدلا من نظام الشهر الشخصي للحقوق العقارية، والذي بموجبه تقرر صلاحية إعداد الدفتر العقاري من قبل سلطة إدارية مختصة متمثلة في وزارة المالية، انطلاقا من الإجراءات اللازمة في عملية التحقيق إلى غاية الترقيم الموقت ثم بعد ذلك الترقيم النهائي لتختتم هذه الإجراءات بأهم مرحلة وهي تسليم الدفتر العقاري لمن آلت إليه ملكية العقار [2]

وعليه يعتبر الدفتر العقاري سندا يثبت ملكية العقار وذو حجية مطلقة في معظم النزاعات التي قد تطرأ على ملكية العقار محل العقد، ويكتسب الدفتر العقاري الحجية القطعية في إثبات ملكية العقار من جراء مجموعة العمليات الاجرائية التي سبقت إعداده، والتي على أساسها تم إعداده[3]

كما أنه يعد بمثابة أداة قانونية لدعم الإئتمان العقاري، وهذا راجع مضمونه الذي يشمل مجموعة من البيانات والمعالم وحدود واضحة نافية للجهالة، كذلك يعد وسيلة فعالة للحد من فوضى ملكية العقارات التي كانت منتشرة بشكل لافت جدا وهذا نظرا لما يتمتع به من قوة ثبوتية، على عكس ما كان سائدا ومازال

---

[1]مسلمي عبد الرحيم، براسي محمد، المرجع السابق، ص 215.

[2]بوخروبة كلثوم، المرجع السابق، ص 430.

[3]براحلية زوبير، "الحجية القانونية للدفتر العقاري في حماية الملكية العقارية الخاصة"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، المجلد 08، العدد 01، مارس 2023، ص 584.

سائدا في المناطق غير الممسوحة والتي يسري فيها نظام الشهر الشخصي، والتي قد تجد فيه العقار الواحد ملكا لعدة أشخاص في آن واحد مما يثير الكثير من النزاعات القضائية، وهذا ما يصنع الفارق بين نظام الشهر العيني والشخصي[1]

وفي هذا الصدد تكمن حجية الدفتر العقاري في مضمونه؛ حيث بالرجوع إلى نص المادة 45 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري؛ فإن الدفتر العقاري يكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية، وقد تجسد هذا بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 27 ماي 1976 المتعلق بمضمون الدفتر العقاري المتكون من الطابع وستة جداول:

بالنسبة للطابع يتمثل في مجموعة البيانات المعرفة للعقار الذي تم إعداد له الدفتر، حيث نجد أن هذا السند يتضمن مجموعة من الصفحات التي تشمل البينات التالية: تمثل الصفحة اسم الولاية والمحافظة التي صدر عنها الدفتر، الأولى منه واجهة الدفتر العقاري وتتضمن اسم المحافظة التي سلمت الدفتر العقاري والولاية التي تتبعها، رقم الدفتر؛ البلدية؛ المنطقة؛ الحي؛ المكان المذكور الشارع، ورقم القسم؛ مجموعة ملكية، سعة المسح ورقم القطعة عند الاقتضاء[2]

-الجداول : يجب أن يكون هنالك 6 جداول، لكل منها بيانات محددة هي:

الجدول الأول: تعين فيه مجموع الملكية مع ذكر النطاق الطبيعي (الموقع، المساحة...الخ)

الجدول الثاني: يتضمن الملكية وينقسم إلى قسمين: قسم أيمن يتعلق بالإجراءات الأولية لشهر الحقوق وكذا التصرفات العقارية اللاحقة على العقار، وقسم أيسر يتضمن هوية المالك (الاسم واللقب..)

---

[1] أمينة عبدلي، "النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020، ص 392.

[2] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، 1946.

الجدول الثالث: ويتضمن هو الآخر قسمين أيمن وأيسر ؛ أما القسم الأيمن فتذكر فيه الارتفاقات، وأما القسم الأيسر فتؤشر فيه جميع التشطيبات والتغييرات التي تلحق بالحقوق المشهرة

الجدول الرابع: يتضمن كذلك قسمين، أيمن يحتوي على مجموع الحقوق المشهرة المتعلقة بالتجزيئات، وأيسر خاص بالتغييرات والتشطيبات الخاصة بالحقوق المشهرة في القسم الأيمن المجاور.

الجدول الخامس: تؤشر فيه كل الامتيازات والرهون الواردة على مجموع الملكية ويتضمن بدوره قسمين، قسم أيمن تشهر فيه جميع التصرفات والرهون، وقسم أيسر خاص بتشطيب التصرفات مثل شطب الرهن عند انقضائه[1]

الجدول السادس: يخص تأشيرة التصديق والتي من خلالها يصادق المحافظ العقاري وتحت مسؤوليته على أمرين هما:

الأمر الأول: هو التصديق على تاريخ تسليم هذا الدفتر لمالكه

الأمر الثاني: هو التصديق على تطابق التأشيرتان المتباينتان في هذا الدفتر مع البطاقة العقارية الموافقة له، ويتم التصديق عن طريق وضع الخاتم الرسمي للمحافظة العقارية وتوقيع المحافظ العقاري[2]

اعتماد المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني في التصرفات الواردة على الحقوق العقارية كان بدافع تحقيق المصلحة العامة والخاصة على حد سواء، إذ أن هذا النظام يهدف إلى تكريس الحفاظ على الملكية العقارية؛ وذلك بمنح الدفتر العقاري لذوي الشأن، وبهذا يتمتع بالقيمة القانونية البالغة الأهمية، كون أن الدفتر العقاري يشكل نقطة الإنطلاقة في نشأة الملكية العقارية، لأنه ينشأ نتيجة العمليات الإجرائية المتمثلة

[1] بوخروية كلثوم، المرجع السابق، ص 226-227.

[2] بلجدوي بسمة، المرجع السابق، ص406.

في المسح العام للأراضي؛ التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تطهير الملكية العقارية وتثبيتها من خلال تسليم مستندات ذات الحجية المطلقة لذوي الشأن[1]

وفي إطار حماية العقار والحقوق المتعلقة به خاصة حق الملكية، منح المشرع الجزائري في ظل نظام الشهر العيني للمحافظ العقاري أثناء اجراءات الشهر مراقبة المحررات الرسمية قصد اشهارها، ومنه فهو يتمتع بسلطة رقابة آنية أثناء عملية ايداع المحررات الرسمية المتعلقة بحق الملكية العقارية قصد اشهارها إضافة الى الرقابة اللاحقة، وبذلك يسهر على مراقبة قاعدة الرسمية التي تستوجب اعداد المحرر المطلوب اشهاره في الشكل الرسمي المطلوب من قبل من طرف الشخص المخول قانونا، وهذا حتى تكون البيانات والمعطيات المذكورة فيه ذات حجية[2]

وعليه الدفتر العقاري يعد بمثابة الحيز الذي ترسم فيه المسيرة القانونية للحقوق المشهرة؛ ذلك من خلال مطابقته الفورية مع كل ما يطرأ على العقارات من تغيرات قانونية؛ كما أن بياناته تكون مطابقة تماما للبيانات الموجودة على البطاقات العقارية، وهذه الأخيرة التي تعكس الوضعية الحقيقية والآنية للعقار على أساس أنها أخضعت لعملية إستقصاء وتحقيق ميداني من طرف لجنة المسح العام للأراضي، كما أنها أخضعت لرقابة دقيقة من طرف المحافظ العقاري عند تشكيل البطاقة العقارية وتسليم الدفتر العقاري، لذلك وجب أن تكون هذه البيانات حجة على الكافة، ولا يمكن لأي كان الإدعاء خلاف ذلك، كما يعتبر الدفتر العقاري بمثابة تكريس الحماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية[3]

---

[1]أمينة عبدلي، المرجع السابق، ص 391-392.

[2]مستاري محمد الأمين، ضامن عبد القادر، "الشهر العقاري كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر 2018، ص 291.

[3]أمينة عبدلي، المرجع السابق، ص 392.

إذن الدفتر العقاري هو سند الملكية العقارية، يعتمد في تحريره على مقتضيات الشهر العيني التي يتم فيها تدوين كل ما يتعلق بالعقار من بيانات سواء الموقع أو حدوده أو المساحة كذلك صاحب الملكية بصفة مدققة ووضعية ملكيته تجاه العقار، وكنتيجة لمختلف التحقيقات كشهادة ملكية مسلمة من طرف المحافظة العقارية وذلك نظرا للقوة الثبوتية المطلقة والنسبية التي يتمتع بها[1]

كذلك يعد الدفتر العقاري الدليل الوحيد والأنجع في إثبات الملكية العقارية عملا بنص المادة 19 من الأمر 75-74 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، وكذلك نص المادتين 32 و 33 من المرسوم 73-32 المؤرخ في 5 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة الملغي ضمنيا بقانون التوجيه العقاري 90-25 إذا كانت الوثائق والمستندات صادرة في إطار عملية المسح العقاري، فإنه لا يمكن الطعن فيه بالإبطال أو الالغاء، وانما ترفع دعوى تعويض، وعندها يمكن القول أن الدفتر العقاري ذو حجية مطلقة تعطي صاحبها قرينة قانونية قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير[2].

وعليه يمكن الطعن بالتزوير في السندات التي لم يتم الاستناد في إصدارها إلى عملية المسح، وأن حجية الدفتر هنا تكون نسبية ويكون له قيمة عقد الشهر أو عقد تقريري يمكن اثباته بشهود، وحسب قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، فإن المحكمة الإدارية تختص بالفصل بكل من دعاوى الإلغاء والدعاوى التفسيرية والفحص في المشروعية المتعلقة بالدفتر العقاري بحكم أنه سند أو قرار إداري[3]

وفي هذا السياق ساير قضاء المحكمة العليا موقف المشرع الجزائري ولم يناقضه في مسألة إعطاء الحجية الكاملة للدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية باختلاف أنواعها، حيث جاء في قرار المحكمة

---

[1] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، ص 1956.

[2] نفس المرجع، 1957.

[3] حساين سامية، قونان كهينة، المرجع السابق، ص 456.

العليا الصادر بتاريخ 28 جوان 2000 تحت رقم 197920 ما يلي: "يتضح من خلال مراجعة القرار محل الطعن أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على انعدام وجود دليل الإثبات في الدعوى، وذهبوا للقول أن الدفتر العقاري المستظهر به من طرف المدعي لا يقوم مقام سند الملكية" لكن الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك، ويعتبر الدفتر العقاري الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملا بنص المادة 19 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك المادتين 32 و 33 من المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، من ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بعدم وجود الدليل على إثبات الملكية العقارية رغم استظهار الدفتر العقاري، يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون لانعدام الأساس القانوني مما عرضه للنقض[1].

كما نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 28/06/2000 تحت رقم 197920 أخذت بثبوتية العقار فجاء "يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية"، طبقا للمادة 19 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، بعد استكماله للإجراءات والشكليات والأجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى[2]

يتضح من خلال القرار المذكور أعلاه أنه لا مجال لإثبات المالك حقه في الأراضي الممسوحة إلا عن طريق إرفاق ملف الموضوع المقدم أمام المحكمة بنسخة عن الدفتر العقاري وإلا حكم القاضي المعروض عليه النزاع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة طبقا لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعادة ما يذهب القاضي لأبعد من ذلك ويطالب بشهادة عقارية للعقار المراد حمايته إلى جانب الدفتر العقاري متى تعلق الأمر بدعوى استحقاق العقار؛ على أساس أنه من الممكن أن يكون صاحب العقار قد

---

[1] جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 204-205.

[2] هاجر عبد الدايم، المرجع السابق، ص1957.

تصرف فيه من قبل أو رفض منح الدفتر العقاري للمحافظة العقارية على اعتبار أن الشهادة العقارية الحديثة من شأنها إثبات الوضعية الحالية والفعلية للعقار محل الدعوى أو محل النزاع[1]

تبنى القضاء في أحكامه مبدأ نسبية حجية الدفتر العقاري في اثبات الملكية العقارية، وهو ما أكدته القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، ومن ذلك القرار الذي يقر بإمكانية إلغاء الدفتر العقاري ومناقشة مضمونه أمام القضاء، كما قضت أيضا في قرار أخر صادر لها في 23/02/2005، بأنه "لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات المجمد في الدفتر العقاري إلا قضائيا"[2]

ويضاف إلى ذلك القرار الصادر بتاريخ 15/11/2006 الذي اعطى الترقيم المؤقت لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي، وأدى ذلك إلى حصوله على الدفتر العقاري ذو القوة الاثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائيا، إلى جانب ذلك لايزال لحد اليوم القضاء الجزائري يصدر قرارات يقر فيها بإمكانية إلغاء الدفاتر العقارية ومناقشة مضمونها أمام القضاء الإداري، وهو ما صدر عن الغرفة العقارية، بموجب القرار رقم 666056 الصادر بتاريخ 14/07/2011[3]

إن معرفة موقف المشرع من هذه الحجية وإعطاء نظرة شاملة على ذلك يستدعي منا استحضار النصوص القانونية التي تعالج هذه المسألة، المتمثلة أساسا في المادة 33 من المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، والتي تنص على ما يلي: "إن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية المنجزة من طرف البلدية وإدارة مسح الأراضي المحدثة حسب الكيفيات التي ستحدد لاحقا تعد المنطلق الوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية[4]"

---

[1]جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 204-205.

[2]نفس المرجع، ص205.

[3]حساين سامية، قونان كهينة، المرجع السابق، ص 455.

[4]جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 203.

كما تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري والدفتر الذي يشكل سند ملكيته[1]، حيث تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري واتمام الاجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري، وذلك من أجل الشروع في نظام الاشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر[2]

حسب المادتين "19 و33" السالفتين الذكر اتخذ الدفتر العقاري السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية في الأراضي الممسوحة باختلاف أنواعها، وبالتالي فعل صواب حين أقر أحادية هذا السند في إثبات الملكية على اعتبار أن الدفتر العقاري يعبر عن الوضعية القانونية للعقار هذا من جهة، ومن جهة فإن ما يزيد من مصداقية الدفتر وحجته هو عدم تسليمه سوى لصاحب العقار بعد إجراء تحقيق عقاري ميداني يقوم به محققين يتولون مهمة التحري في صحة البيانات المتعلقة بالعقارات محل المسح، ومنه لا يمكن قبول لا المحررات الثابتة قبل عام 1971 ولا العقود الرسمية ولا الأحكام والقرارات القضائية لإثبات الملكية العقارية، بل يجب على مدعي الملكية عقارية الاستناد إلى الدفتر العقاري من طرف المحافظة العقارية المختصة إقليميا حتى يشهر ومن ثمة منحه المزيد من الحجية القانونية تجاه المالك والغير[3].

حصول المالك على الدفتر العقاري فإن ذلك لا يحول دون إمكانية اكتساب عقاره هذا من قبل الغير الحائز له لمدة تزيد عن 15 سنة عن طريق التقادم المكسب، وهو ما أكده قضاة المحكمة العليا في قرارهم للمؤرخ بتاريخ 16 جويلية 2008 تحت رقم 4223832 والذي جاء فيه: "أنه من الثابت قانونا أن كل من

[1] المادة 19 من الأمر رقم 75 – 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة ال رسمية عدد 92 سنة 75، ص1207.

[2] المادة 20 من الأمر رقم 75 – 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة ال رسمية عدد 92 سنة 75، ص1208.

[3] جليط جهيدة، المرجع السابق، ص 204.

حاز عقارا أو منقولا دون أن يكون مالكا له أو خاص به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته لمدة خمسة عشرة سنة دون انقطاع، إذ لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم"

فرغم امتلاك مالك الحق العيني لدفتر عقاري يثبت ملكيته، إلا أن ذلك لا يمنع الغير الحائز لهذا الحق لمدة خمسة عشر من اكتسابه بالتقادم، ذلك إلى عدم وجود نص تشريعي ولا تنظيمي في الجزائر يمنع اكتساب الملكية العقارية الخاصة بالتقادم، أن المالك لعقار مهما كانت طبيعته القانونية، فالأجدر استغلاله والانتفاع به لأن تركه لمدة تفوق 15 سنة يعد تنازلا عنه، فالأولى تملكه من قبل مستغله والمنتفع به، أن الحيازة العقارية تعد سببا لكسب الملكية وفق أحكام القانون المدني[1].

من خلال ما تم عرضه نستشف وفقا لمنظورنا الخاص بوجود تطلعات مستقبلية للمشرع بأن يعتمد على الكتابة الرسمية كركن لقيام العقود التقليدية أدق من المصطلح الشكلية الذي هو عام ويشمل الكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية، وأيضا التسليم الذي هو غير مكرس في القانون الجزائري.

المشرع أصلا في مجال العقود التقليدية كان توجهه ملحوظ نحو تجسيد الكتابة الرسمية في إبرام أهم العقود التقليدية، حيث نرى بوجود تطور نصنفه كالآتي:

تطور ضيق على مستوى العقود التقليدية في حد ذاتها يعني اعتماد الكتابة الرسمية في معظم العقود العملية المدنية أو التجارية، تطور في ضبط ركن الشكلية حيث أن المعيار الذي على أساسه نرى توجه المشرع نحو اعتماد الشكلية الرسمية هو التمييز بين العقود وأهميتها والآثار المترتبة عنها خاصة والشكلية التي تناسبها.

وتطور واسع من التقليدي إلى الالكتروني حيث لازم المشرع اعتماد ركن الشكلية حتى في إبرام العقود الالكترونية، وهذا ما سنفصل فيه ضمن الباب الثاني من هذه الأطروحة، حيث سنسلط الضوء على

---

[1] نفس المرجع، ص 205.

إستراتيجية المشرع في إبرام العقود الإلكترونية في التصرفات المدنية والتجارية، حيث أولى لركن الشكلية نصيب الأسد في إبرامها وجعلها ركن إنعقاد، ورتب على مخالفتها جزاء، إلا أنه تجدر الإشارة إلى إختلاف الشكلية في التعاقد الإلكتروني، خاصة إذا تعلق الأمر بالشكلية الرسمية الإلكترونية التي يستلزم تدخل جهات رسمية تختلف عن الجهات التي تعرفنا عليها في تحرير العقود الرسمية التقليدية، وكذلك حجية العقود الرسمية الإلكترونية في الإثبات، خاصة العقود المتعلقة بالعقار، هل فسح لها المشرع المجال التعاقدي الالكتروني، من خلال تكريس الشكلية الرسمية الإلكترونية كركن انعقاد وهل لها نفس قوة حجية الشكلية الرسمية التقليدية، وهذا ما يدعو إلى مقارنة بين الجهات المكلفة بتحرير العقود الرسمية في المجال التعاقدي التقليدي والالكتروني، والتي سيكون لنا فيه تحليل ووجهة نظر في المدى المأخوذ به في تكريس الشكلية الرسمية الإلكترونية على التصرفات العقارية.

خلاصة الفصل الثاني

في ختام الفصل الثاني المتضمن توجه المشرع نحو انتقاء الكتابة الرسمية ركنا في العقود التقليدية، والذي قسمنا الدراسة فيه إلى مبحثين، المبحث الأول ركن الكتابة الرسمية في انعقاد العقود التقليدية، والتي تم الفصل فيها إلى عقود مدنية وعقود تجارية، حيث في الأولى اخترنا عقد البيع العقاري وكذلك عقد الوعد بالبيع العقاري، لا يتسما به من أحكام مهمة خاصة النصوص القانونية المنظمة لهما في القانون المدني وكذلك في الأوامر القانونية، حيث تظهر القيمة الحقيقية لركن الشكلية الرسمية في تكوين مثل هذه العقود، حيث أن جعل المشرع الجزائري الكتابة الرسمية ركنا لانعقاد العقود المنصبة على العقار، والثانية العقود التجارية والتي بدورها اخترنا فيها عقد الشركة التجارية وكذلك عقد الإيجار التجاري باعتباره ينصب على المحل التجاري، وأيضا تبرز أهمية الكتابة الرسمية في هذه العقود، لأن الأمر متعلق بشركة تجارية والتي لها وزن مالي واقتصادي، ما يحتم التعامل معها بجدية تامة وهذه الجدية لن نجدها إلا بتكريس الكتابة الرسمية في تكوينها، واخترنا عقد الإيجار التجاري كونه قبل تعديل القانون التجارية لسنة 2005، كان العقد يتم بالطريقة التي يتفق عليها الأطراف ولم يشترط المشرع فيها الكتابة الرسمية، ليأتي بعدها في سنة 2005 إلى فرض هذه الشكلية الرسمية وجعلها ركن في تكون هذا العقد، وبالتالي نرى أن المشرع يتدارك الأمر في كل مرة، باعتماده الشكلية الرسمية في إبرام أهم العقود.

بالنسبة للمبحث الثاني خصص لركن الكتابة الرسمية في إثبات العقود التقليدية، والتي تناولنا في الجزء الأول منه المحرر الرسمي وكذلك الشهر العقاري، ففي الأول تطرقنا إلى طبيعة الرسمية والجهات المختصة قانونيا بإضفاء الصبغة الرسمية على العقود، ودراسة حجية هذه العقود في الإثبات، حيث تتمتع بحجية مطلقة أمام الكافة، ولا يمكن الطعن في حجيتها إلا بطريقين، الإدعاء بالتزوير بنوعيه الأصلي أو الفرعي، والطعن بالبطلان، أما الجزء الثاني تناولنا فيه دراسة الشهر العقاري باعتباره ركن شكلي في إثبات العقود التقليدية، يشترطه القانون لإثبات ملكية العقار، حيث أن هذه الشكلية لا يستهان بها لأنها لا تتعلق

بمسألة الإثبات فقط، بل أنها متعلقة بإجراء مهم جدا وهو نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري، والذي يعد الوسيلة الوحيدة في إنتقال الملكية، حيث أن العقد الرسمي المحرر من طرف الموثق لعملية البيع العقاري، لا تكفي في هذه الحالة لينتج العقد أثاره، بل لا بد من القيام بإجراءات الشهر العقاري، والمتمثلة في التسجيل الذي يقوم به الموثق في مصلحة التسجيل، ثم البدء في عملية المسح العام للأراضي، وعند الانتهاء منها يقوم المحافظ العقاري بعملية الإيداع لوثائق المسح على مستوى المحافظة العقارية، بعد ذلك يقوم المحافظ بعملية الترقيم، من خلال ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري، بعد الانتهاء من عملية ترقيم العقارات يتم تأسيس بطاقة عقارية، حيث تبين هذه الأخيرة الحالة القانونية والمادية للعقار بسهولة، وتوفر حماية المتعاملين في العقار وتنشط الائتمان العقاري، وفي الأخير كأخر إجراء يتم تسليم الدفتر العقاري إلى مالكه، يتم اعداده عن طريق نسخ البيانات الموجودة على البطاقات العقارية المنشأة بموجب الإجراء الأول لشهر حق الملكية والحقوق العينية الأخرى في السجل العقاري، كما أنه يعتبر من وسائل إثبات الملكية العقارية، خاصة يمتاز بقوته الثبوتية، فهو دليل قاطع على إستيفاء كامل إجراءات الشهر العقاري، باعتبار مسألة تسليمه إلى المالك هي العملية الأخيرة من هذه الإجراءات.

الباب الثاني:

الشكلية في العقود الإلكترونية

الباب الثاني: الشكلية في العقود الإلكترونية

الإنترنت هو شكل من أشكال الشبكات المتصلة عبر الأجهزة الإلكترونية أي أجهزة الكمبيوتر، يمكن الوصول إليه في جميع أنحاء العالم، ويستخدم مجموعة بروتوكول الإنترنت الموحدة (TCP / IP) لنقل البيانات والرسائل في أي مكان في العالم والسماح بالاتصال بين الأطراف عبر مسافة كبيرة، بدأت تكنولوجيا الإنترنت في الستينيات، تم ربط أول شبكات الكمبيوتر عبر المحيط الأطلسي في أوائل السبعينيات، كما تم تطوير الإنترنت بشكل أساسي للاستخدام العسكري والحكومي والأكاديمي فقط في أواخر التسعينيات، عندما أصدرت Microsoft Windows 98 مع دخول كامل لمتصفح الإنترنت، بدأ الإنترنت في أن يكون شائعًا للاستخدام التجاري في العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، وأنشأت الشركات مواقع الويب التي تعرض معلومات المنتج وتوفر منصات التجارة للسلع والخدمات، بينما استخدم الأفراد البريد الإلكتروني والرسائل الفورية بالإضافة إلى التسوق عبر الإنترنت في السنوات العشر الماضية، تم إجراء الأعمال التجارية بشكل متزايد عبر الإنترنت بما في ذلك التجارة الدولية والمبيعات المحلية في السنوات الأخيرة، حيث تم استخدامها بطرق جديدة مختلفة، على سبيل المثال الشبكات الاجتماعية وحل النزاعات[1].

تم إنشاء الإنترنت في الأصل كوسيلة للاتصال بين خبراء الدفاع في بلدان مختلفة من خلال النظام المعروف باسم "ARPANET"، والسبب في إنشاء الارتباط بين هذه الحواسيب هو أنه في حالة تعطل خطوط الهاتف الأرضية العادية، فإن الإنترنت لا يزال يمكّن أجهزة الكمبيوتر المختلفة من الاتصال ببعضها البعض، وقد فعل ذلك عن طريق تمكين تقسيم الرسائل الإلكترونيَّة لتصل إلى قطع أو "حزم"، وإرسال هذه الحزم عبر خطوط هاتف مختلفة في أوقات مختلفة، عبر "مسارات" مختلفة، إلى أجهزة كمبيوتر مختلفة للوصول إلى وجهتها النهائية وبحلول عام 1984 بدأ المجتمع الأكاديمي أيضًا في استخدام إصدار من

[1] Faye Fangfei Wang, Law of Electronic Commercial Transactions, First published, by Routledge, New York, 2010, p4.

ARPANET المعروف باسم NSFNet ومنذ عام 1995، انفتح الإنترنت أمام الشركات والمستهلكين عبر WWW. حيث أدى الاستخدام المتزايد للإنترنت إلى إنشاء شبكات كمبيوتر عالمية أخرى أكثرها شهرة وتجارية هي الشبكة العالمية للطقس (WWW)، يمكّن WWW أولئك الذين لديهم إمكانية الوصول إلى جهاز كمبيوتر مزود بمتصفح إنترنت مناسب و "اتصال هاتفي ومودم وحساب مع مزود خدمة الإنترنت (أو" ISP ") لعرض صفحات الويب لملايين المنظمات المحتملة حول العالم، والتي تتراوح من عدة – الشركات الوطنية، من خلال الشركات الصغيرة والمتوسطة الحجم (أو الشركات الصغيرة والمتوسطة) والمؤسسات الأكاديمية والحكومات، كما تعتمد قدرة المستهلك على التواصل أو التعاقد مع البائع عبر الإنترنت، في جملة من الأمور منها ما يتعلق بطبيعة الوصول ومستوى نشاط موقع البائع[1]

ساعدت الانترنت في خلق عقود التجارة الإلكترونية والتي يعبر عنها بأنها "تجارة معارضة" تنشئ في شكل رقمي أو على منصة إلكترونية، أو بيع أو شراء السلع والخدمات على الإنترنت، والتي تطرقت إليها منظمة التعاون والتنمية (OECD) وحددتها من وجهة نظر اقتصادية واجتماعية على النحو الذي يشمل جميع أشكال المعاملات التجارية التي تخص المنظمات والأفراد على حد سواء، وتستند إلى المعالجة الإلكترونية ونقل البيانات بما في ذلك النصوص والصوت والبصرية، كما يشير إلى الآثار التي قد تنجر عن التبادل الإلكتروني للمعلومات التجارية عن المؤسسات، وكذا العمليات التي تدعم الأنشطة التجارية وتحكمها في الاتحاد الأوروبي، حيث اهتم هذا الأخير بعقود التجارة الإلكترونية والذي اعتبرها شكل من أشكال المعاملات التجارية يتفاعل فيه الأطراف إلكترونيًا بدلاً من التبادل المادي، وهي تغطي نوعين أساسيين من النشاط الأول هو الطلب الإلكتروني للبضائع الملموسة، التي يتم تسليمها فعليًا باستخدام الوسائل التقليدية كالخدمات البريدية أو شركات النقل التجارية؛ والآخر هو التجارة الإلكترونية المباشرة بما

[1] LORNA E. GILLIES, Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts, Ashgate Publishing Limite, England, 2008, p 23-24.

في ذلك الطلب عبر الإنترنت والدفع وتسليم السلع والخدمات غير الملموسة مثل برامج الكمبيوتر أو المحتوى الترفيهي أو خدمات المعلومات على نطاق عالمي[1]

في سياق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (ICT)، هناك توجيهان رئيسيان يهدفان إلى حماية المستهلكين عند الشراء عبر الإنترنت، وهما توجيه البيع عن بعد وتوجيه التجارة الإلكترونية، "اللذان لا يهدفان فقط إلى منح الحد الأدنى من الحقوق للمستهلكين ولكن أيضًا إلى تنسيق تشريعات الدول الأعضاء من أجل تسهيل وتعزيز السوق الداخلية بموجب توجيه التجارة الإلكترونية، ويجب على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي التأكد من أن أنظمتها القانونية التي تسمح بتكوين العقود الإلكترونية وإكمالها وإنفاذها، "إن متطلبات إنشاء عقد إلكتروني صالح مماثلة لتلك المتعلقة بالعقود الورقية التقليدية من ناحية، حيث تتطلب الأنظمة القانونية للقانون العام الموافقة على ثلاثة عناصر على الأقل اتفاق مع نفس الشيء (العرض والقبول)؛ الاعتبار (الحصول على شيء ذي قيمة مقابل ما يقدمه المرء أو يقدمه، عادة مبلغ متفق عليه من المال)؛ ونية إقامة علاقات قانونية، ومن ناحية أخرى لا ترى تشريعات القانون المدني الاعتبار كعنصر إلزامي، بالإضافة إلى متطلبات إبرام العقود التقليدية، فيجب أن تكون العقود الإلكترونية للمستهلكين تفي بالمتطلبات القانونية وهي أولا إعلام المستهلكين بالخطوات الفنية المطلوبة لإبرام العقد الإلكتروني، وثانيًا يجب أن تكون الشروط والأحكام متاحة بطريقة تسمح بتخزينها واستنساخها أخيرًا، يقدم التوجيه عنصرًا جديدًا مطلوبًا لتشكيل عقد إلكتروني وهو التأكيد، والذي يتطلب من مزود الخدمة الإقرار باستلام طلب المستهلك[2]

لقد غيرت التجارة الإلكترونية على مدى العقد الماضي بشكل كبير الأشكال التقليدية للتفاعل بين الأطراف استجابة لذلك تم إجراء الأعمال من خلال أتمة العمليات التجارية عبر الإنترنت، حيث كانت

---

[1] Faye Fangfei Wang, Law of Electronic Commercial Transactions, Second Edition, Routledge Research, New York, 2014, p7.

[2] Pablo Cortés, Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union, First published, by Routledge, New York, 2011, p12

مواقع البائع الأولى على الويب والتي تتكون من كتالوجات قائمة على النصوص السلبية للمنتجات التي يمكن تصفحها يدويًا من قبل العملاء المحتملين، سرعان ما تم استبدال الكتالوجات المباشرة عبر الإنترنت بكتالوجات محدثة ديناميكيًا تحتوي على أوصاف مفصلة للمنتج باستخدام مجموعات من النصوص والصور التي يمكن البحث عنها بتنسيقات مختلفة وفقًا لمعايير بحث مختلفة، حيث نضجت تقنيات التجارة الإلكترونية التي يستخدمها البائعون لعمليات مثل تحديد الأسعار والتفاوض والدفع من المعالجة اليدوية لبيانات المبيعات خارج الخط إلى الخوارزميات الآلية التي تحدد الأسعار والأرباح للبائعين بشكل ديناميكي، كما يمكن تقسيم عمليات التجارة الإلكترونية الحديثة لتجارة السلع بين المشترين والبائعين إلى خمس مراحل متمثلة في البحث، والتقييم، والتفاوض، والدفع. والتسليم، اعتمادًا على نوع السوق الذي يتم فيه تداول البضائع[1]

تكمن نقطة البداية البسيطة للأصول المعقدة لظاهرة التجارة الإلكترونية بين الشركات في التقنيات الراسخة لتغيير البيانات الإلكترونية (EDI) في بداية التسعينيات، بالنسبة للعديد من الصناعات أصبح النقل المباشر للبيانات من نظام إلى نظام عبر شبكات الملكية باتباع البروتوكولات القياسية الصناعية عنصرًا روتينيًا لممارسة الأعمال التجارية، حيث أتاحت التكنولوجيا تحقيق زيادة سرعة ودقة نقل البيانات، وفي بعض الحالات كانت تتقدم إلى استخدامات أكثر تقدمًا حيث لا يمكن للمشترين والموردين إدارة المعاملات الروتينية فحسب، بل يمكنهم أيضًا "الاطلاع" على أنظمة بعضهم البعض، مما يسهل مثل هذه العمليات[2]

أصبح شراء السلع والخدمات عبر الإنترنت متجذرًا الآن في ثقافة المستهلك، حيث تظهر أحدث الأرقام الصادرة عن مكتب الإحصاءات الوطنية أنه في لمحة سريعة في سبتمبر 2010، تم إنفاق في المتوسط 481 مليون جنيه إسترليني أسبوعياً عبر الإنترنت، وهو ما يمثل 8.8٪ من إجمالي مبيعات التجزئة في سبتمبر 2009، بلغ متوسط الإنفاق الأسبوعي عبر الإنترنت 188.5 مليون جنيه إسترليني

[1] Mehdi Khosrow-Pour, Encyclopedia of E-Commerce, E-Government, and Mobile Commerce, IDEA GROUP REFERENCE, the United States of America, 2006, p247.
[2] Fang Zhao, Entrepreneurship and Innovations in E-Business : An Integrative Perspective, IDEA GROUP PUBLISHING, the United States of America, 2006, p43.

(3.6٪ من إجمالي مبيعات التجزئة)، وفي سبتمبر 2008 بلغ 155.5 مليون جنيه إسترليني (3.1٪ من إجمالي مبيعات التجزئة)، هذا يعني أنه بين عامي 2008 و2010 زاد الإنفاق على الإنترنت بأكثر من ثلاثة أضعاف، بحلول عام 2017 كانت 20٪ من مبيعات التجزئة عبر الإنترنت، وبحلول عام 2023، من المتوقع أن تتجاوز مشتريات التجارة الإلكترونية باستخدام الهاتف المحمول (من الهواتف الذكية) مبيعات التجارة الإلكترونية من أجهزة الكمبيوتر الشخصية وأجهزة الكمبيوتر المحمولة[1]

وبناء على ما سبق، ارتأينا تقسيم الباب الثاني من هذه الدراسة إلى فصلين، حيث سنخصص الفصل الأول لدراسة الإطار العام لمفهوم الشكلية في العقود الإلكترونية، خاصة من منظور القوانين التي كرستها في نظامها القانوني، خاصة أن هذه الشكلية تختلف في طبيعتها عن تلك الموجودة في العقود التقليدية، ما يجعلها تتسم بخصوصية الأمر الذي دفعنا للبحث فيها، أيضا تطرقنا إلى أهم مقتضيات الشكلية الالكترونية وما تتطلبه من أجل استيفاء الشروط اللازمة لاعتبار العقد الالكتروني من العقود الشكلية، كما نعرج في هذه الدراسة إلى مدى تكريس الرسمية في تحرير العقود الشكلية الإلكترونية ، من خلال التطرق إلى التوثيق الالكتروني واجراءاته القانونية التي يكتسب العقد الالكتروني من خلالها الرسمية الالكترونية، كذلك التصديق الالكتروني وسلطاته المختصة في التشريع الجزائري، أما بالنسبة للفصل الثاني ستنصب الدراسة على التكريس القانوني لركن الشكلية في العقود الالكترونية، خاصة الرسمية الالكترونية حيث أن هذه الرسمية تستمد حجيتها من مدى صحة إجراءات القانونية للتوثيق الالكتروني، وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات، خاصة التشريع الجزائري الذي استحدث ابرام العقود الالكترونية انطلاقا من القانون المدني حيث كانت الانطلاقة منه، ثم بعد ذلك كانت الخطوة الثانية في إصدار قانون التجارة الالكترونية، حيث من خلاله تطرق المشرع إلى أهم المفاهيم المتعلقة بالعقود التجارية الالكترونية، خاصة كيفية ابرام المعاملات التجارية الالكترونية، التي تطرق فيها الى توثيق هذه المعاملة والتصديق عليها، والتي تقابلها التزامات للمستهلك

[1] Susan Singleton, E-Commerce and Convergence : A Guide to the Law of Digital Media, Fifth Edition, BLOOMSBURY PROFESSIONAL, European Union, 2021, p217.

والمورد الالكتروني، وأيضا دراسة حجية الورقة الرسمية الالكترونية في إثبات العقود الالكترونية، الأمر الذي دفعنا نبحث في مسألة إبرام العقود الشكلية الالكترونية في التصرفات الواردة على العقار، من خلال تبيان إمكانية ابرام العقود العقارية الكترونيا ومدى صحتها في ترتيب الأثار القانونية، والذي يتطلب البحث عنها في التشريع الجزائري، وأيضا في التشريع الفرنسي والمقارنة بينهما في كيفية التعامل مع هذه العقود خاصة إذا تعلق الأمر بالعقار، ثم نعرج في هذه الدراسة بالبحث عن حجية التوقيع الالكتروني في إثبات العقود الالكترونية العرفية، وذلك وفق الخطة التالية :

الفصل الأول: ضرورات الشكلية في ضمان صحة العقود الإلكترونية

الفصل الثاني: إستراتيجية المشرع الجزائري في تفعيل الشكلية في العقود الإلكترونية

الفصل الأول: ضرورات الشكلية في ضمان صحة العقود الإلكترونية

من تحديات العقود الإلكترونية صعوبة التحقق من هوية الأطراف، والتي تم التغلب جزئيًا على هذه العقبة من خلال استخدام التوقيعات الإلكترونية، في هذا الصدد اعتمدت المفوضية الأوروبية توجيهًا يضمن الاعتراف القانوني على مستوى الاتحاد الأوروبي بالتوقيعات الإلكترونية، ومع ذلك فإن هذا التوجيه ينص على بعض الاستثناءات مثل العقود المتعلقة بصفقات الأراضي، حيث على الرغم من تنفيذ الأعمال التحضيرية عبر الإنترنت، يجب أن يكون التوقيع النهائي من النوع المعتمد المستند إلى الورق، وعلى الرغم من أن التوجيه يهدف إلى أن يكون محايدًا من الناحية التكنولوجية، إلا أنه يؤسس نوعين من التوقيعات الإلكترونية، التوقيعات البسيطة والمتقدمة لهوية المرسل وسلامة النص المرفق به، وقد أثار هذا التمييز العديد من الانتقادات لكونه متحيزًا لصالح التقنيات المتقدمة أي البطاقات الذكية "، تم انتقاد التوجيه لكونه مفرط في التنظيم لدرجة أنه قيد تطوير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في هذا المجال ومع ذلك يمكن القول إن السوق يحتاج إلى معرفة متى يكون التوقيع الإلكتروني ملزمًا قانونًا؛ ومع ذلك فإن الحاجة إلى اليقين القانوني يجب أن تكون متوازنة مع مخاطر إنشاء قيود وعوائق تكنولوجية أمام تطوير التوقيعات الإلكترونية[1]

كما اختلفت الشكليات في العقود الالكترونية ما بين كتابة وتوقيعات الكترونية، حيث عرفت انتشارا واسعا في عمليات البيع والشراء عبر الأنترنت، فيرى بعض الأشخاص أن مصطلح التجارة يصف فقط معاملات البيع والشراء التي تتم بين شركاء الأعمال، إذا تم استخدام هذا التعريف للتجارة فإن مصطلح التجارة الإلكترونية سيكون ضيقًا إلى حد ما وبالتالي، يستخدم الكثيرون مصطلح الأعمال الإلكترونية بدلاً من ذلك، وتشير الأعمال الإلكترونية إلى تعريف أوسع لـ EC، ليس فقط شراء وبيع السلع والخدمات، ولكن إجراء جميع أنواع الأعمال عبر الإنترنت مثل خدمة العملاء، والتعاون مع شركاء الأعمال، تقديم التعلم

[1] Pablo Cortés, Op.Cit, p13.

الإلكتروني وإجراء المعاملات الإلكترونية داخل المنظمات، ومع ذلك يرى آخرون أن الأعمال الإلكترونية فقط تشمل تلك الأنشطة التي لا تتضمن الشراء أو البيع عبر الإنترنت، مثل التعاون والأنشطة داخل الأعمال التجارية؛ أي أنه مكمل للتجارة الإلكترونية المحددة بدقة في تعريفاتها الضيقة، يمكن اعتبار التجارة الإلكترونية مجموعة فرعية من الأعمال الإلكترونية[1]

مما يستدعي التصدي للتهديدات عبر الإنترنت لمصالح خصوصية المستهلكين مدفوعة بمصالح معالجي البيانات في جمع كميات كبيرة من البيانات الشخصية، وقوة الحوسبة التي تعد جزءًا لا يتجزأ من السوق الإلكترونية، والميزات التقنية الخاصة للإنترنت[2]

ليست هناك حاجة لقول المزيد لقياس حجم التحدي في العقود الالكترونية، فهناك حاجة اليوم إلى إعادة التفكير في الشكلية، من خلال تحديد طرق ووسائل استعادة مجموعة الضمانات الناتجة عن قواعد الشكل بشكل أساسي في البيئة الرقمية في ثقافة الورق، تبدو المهمة أكثر صعوبة لأن الأشكال الحديثة متعددة ومتنوعة من حيث موضوعها وأغراضها، من الواضح أنها تشكل عقبات حقيقية أمام إبرام العديد من العقود بالوسائل الإلكترونية، فهي على الأقل تخلق حالة من عدم اليقين القانوني حول فعالية هذه الشكلية الالكترونية[3]

نعرج في هذا الفصل إلى دراسة الإطار القانوني لركن الشكلية في العقود الالكترونية، خاصة بتبيان خصوصية هذه العقود وحمايتها بأليات التشفير التي تعد من الأليات الفعالة في حفظ وحماية العقود الالكترونية، ثم الخوض في متطلبات العقود الشكلية الالكترونية لاكتسابها الحجية في إثبات صحتها، وذلك انطلاقا من تحديد الإجراءات الخاصة بالتوثيق الالكتروني، مع تبيان طبيعة الموثق الالكتروني المكلف

---

[1] Efraim Turban, Judy Whiteside, David King, Jon Outland, Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce, Fourth Edition, Springer International Publishing, Switzerland, 2017, p6.

[2] JOHN DICKIE, Producers and Consumers in EU E-Commerce Law, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2005, p53.

[3] Marie Demoulin,Étienne Montero, Le formalisme contractuel à l’heure du commerce électronique, (étude publiée dans La théorie générale des obligations, suite, Liège, Formation permanente, University of Namur, Belgique, vol. 57, octobre 2002, P 6.

بتوثيق العقود الالكترونية، وهذا اذا تعلق الأمر بالعقود الرسمية الإلكترونية، أما فيما يخص التصديق على التوقيع الالكتروني إذا كانت العقود عرفية الكترونية مع تحديد أنواع التوقيع الالكتروني، والذي يختلف ومميزات كل توقيع، حيث نخصص المبحث الأول أحكام ركن الشكلية في العقود الالكترونية، أما المبحث الثاني مدى تكريس الرسمية في تحرير العقود الشكلية الإلكترونية.

المبحث الأول: أحكام الشكلية في العقود الالكترونية

في خضم الثورة الرقمية والصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من المتغيرات، فأصبح إبرام العقود يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة وأدى الانتشار المتنامي لها لشيوع ما يسمى بالعقود الإلكترونية، ويعد التعاقد الإلكتروني أهم ما استحدث في عالم التجارة الدولية نظرا لسهولة وسرعة إبرام العقود الإلكترونية، حيث يمكن للأشخاص الوصول إلى ما يرغبون إليه بالضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهاز الكمبيوتر المتصل بالأنترنت دون انتقال الى مكان أخر [1].

ترتكز العقود على الثقة فهي مفهوم رئيسي في قانون العقود، حيث تنشأ مشكلة الثقة بشكل خاص فيما يتعلق بالخوف المشروع في كثير من الأحيان من الوقوع ضحية لسلوك انتهازي أثناء التبادل في وقت تنفيذ العقد، قد يتجلى هذا النوع من السلوك في شكل عدم أداء أو أداء غير لائق للالتزامات التعاقدية للرد على هذا الخوف، تحتاج الأطراف إلى مناخ من الثقة في بعض الحالات، لتعزيز العلاقات الموجودة مسبقا بين الأطراف لظهور الثقة المتبادلة[2]

يتم الآن إجراء العديد من المعاملات وأشكال التجارة الأخرى إلكترونيًا على سبيل المثال، سيكون معظم الناس على الأقل على دراية، إن لم يكونوا مستخدمين متكررين، لأجهزة الصراف الآلي الموجودة في الخارج أو داخل البنوك، عندما يسحب عميل البنك الأموال أو يستخدم ماكينة الصراف الآلي لأغراض أخرى، إجراء معاملة إلكترونية المزيد والمزيد من الأعمال تتم الآن إلكترونيًا، في كثير من الأحيان مع الأطراف لا يجتمعون جسديًا مع بعضهم البعض وإنما في المتاجر عبر الإنترنت، تسمح العملاء المحتملين لتصفح البضائع واختيارها وشرائها دون أن تطلب من البائع مطلقًا نصيحة أو مساعدة، قد تكون المفاوضات

[1] حسان سعاد، اثبات التعاملات الالكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2019، ص 42.

[2] Reza Moradinejad- "Le contrat intelligent, nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ?" Les Cahiers de droit, Volume 60, numéro 3, septembre 2019, P625.

أو تقديم عروض الأسعار أو تقديم العطاءات للعمل كلها تتم إلكترونيًا وهي بالفعل، يتم الآن تمرير قدر كبير من المعلومات إلكترونيًا داخل المنظمات ومن منظمة إلى أخرى، كل هذا يثير عددا من القضايا القانونية والتي تطرح العديد من الأسئلة خاصة فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية، حيث أن بعض من أهم هذه القضايا تشمل على ما إذا كان العقد الإلكتروني صحيحًا، أي ما إذا كان يجب أن يمتثل لبعض الشروط والإجراءات الشكلية[1]

قبل اعتماد الدول تشريعات تنظم التعاقد عبر الإنترنت، لم يكن هناك أي تعريف قانوني يوضح المقصود باصطلاح العقد الإلكتروني، إلا أن ظهور التجارة الإلكترونية ونموها، دفع العديد من الدول إلى تحديد مفهوم التعاقد إسهاما منها في إزالة ما يواجه هذا النوع الجديد للتعاقد من عقبات قانونية تحول دون إبرامه[2]

اعتبارا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود الإلكترونية، المطلب الثاني متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية

---

[1] Joda Ibrahim Mohammed Alnour, Electronic Contract and its Effects According to the Sudanese Electronic Transactions law for the Year (2007) A Comparative Study, vol 10, n1, 2019, P5.

[2]محمد أحمد كاسب خليفة، الإثبات والإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2019، ص 11.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود الإلكترونية

إن تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات قد أثر على شكل الكتابة وصورتها، فبعد أن كانت بخط اليد أو مطبوعة على القرطاس (الورق)، أصبحت بأجهزة قادرة على تخزين الوثائق وكتابتها واسترجاعها وترجمتها إلى عبارات مقروءة ولمختلف اللغات وعلى وسائط تدعى بالدعامات الإلكترونية، كالشريط الممغنط، أو الميكروفيلم أو الأقراص الصلبة والمرنة وتكون الكتابة على هذه الدعامات وفق أسس حسابية معينة، بحيث يتم تحويل الحروف إلى إشارات إلكترونية أو مغناطيسية[1]

إن التغيرات التي تشهدها منظمات الأعمال اليوم في نمط الإنتاج وعمليات التبادل وكافة أشكال الاتصال، بل في أسلوب ونمط الحياة لم تشهدها المجتمعات السابقة قبل مرحلة ظهور ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ولم يتمثل التغيير في مجرد حدوثه فقط ولكن لم يكن يمثل ذلك العمق والشمول والسرعة التي أحدثتها تقنيات الاتصال عن بعد أو باستخدام الإنترنت[2]

تظهر بنود العقود الإلكترونية في شرط التقارب مع القبول الإلكتروني والعارض حتى يتم إبرام العقد والأثر القانوني له، ولن يتم النص على العقد الإلكتروني دون إرادة الطرفين على الإنترنت، فالإرادة أساسية وركن في تأسيس العقد كما يشير إلى العزم على تنفيذ العملية القانونية في العقد، بغض النظر عن الوسائل التي تعتبر أساس وجوده[3].

يقصد بمجلس العقد الاجتماع الذي يجمع بين الموجب والموجب له لتكوين العقد مهما كانت الفترة التي يستغرقها، ليس المقصود هو المعنى المادي للمجلس وهو المكان، وإنما يقصد به الوقت الذي يبقى

---

[1]هاني سليمان الطعيمات، "حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات المعاملات المالية دراسة فقهية قانونية مقارنة"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 14، عدد 2، 2018، ص79.

[2]محمد الصيرفي، التسويق العقاري الالكتروني، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2016، ص 15

[3] Morad Shnikat, Ali Alzubi, Maher Aljaber, Ali Alnsoor, "The Legal Framework Of Electronic Contract In The Jordanian Legislation Global", Journal of Politics and Law Research, Vol.5 No.5, pp.46-62, September 2017, P48.

فيه المتعاقدان منشغلين بمناقشة ظروف التعاقد دون أن يصدر عن أحدهما ما يشغلهما عنه، كترك المجلس أو والانصراف إلى موضوع آخر [1]

يمكن أن تتخذ العقود أي عدد من الأشكال، يمكن أن تكون عن طريق الفعل أو الكتابة، مثبتًا كتابةً أو شفهيًا أو ضمنيًا من سلوك الأطراف، ومع ذلك تتطلب بعض العقود شكلاً محددًا ولن تكون قانونية على الرغم من أنها قد تكون عادلة إذا فشلت في الامتثال للإجراءات الشكلية[2]

فإن العقد الإلكتروني هو عقود يتم تكوينها وتوقيعها من نموذج إلكتروني بأي طريقة أخرى، لا يلزم وجود أي قطعة من الورق أو أي مستند نسخ ورقية أخرى على سبيل المثال، إذا كتبنا عقودًا على جهاز الكمبيوتر الخاص بنا و أرسلناها بالبريد إلى شركاء العمل أو الزملاء وشركاء الأعمال، نرسلها بالبريد الإلكتروني مرة أخرى مع التوقيع الرقمي الذي يدل على القبول، قد يتم أيضًا تكوين عقد إلكتروني في عقود "انقر للموافقة، ويتم استخدامه بشكل عام مع البرامج المحملة في الوقت الحالي، يركز النظر في إنشاء العقود على فائدة تقنية المعلومات عن طريق المحادثة بين الأطراف المقبولة[3]

وتتعدد أنواع العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها ويمكن ردها بوجه عام الى طائفتين، إما عقود تتم بمجرد الضغط على أيقونة القبول وتسمى (Icon Clicking) أو عقود تتم بطباعة العبارة التي تفيد القبول (Type & Click)، أما من حيث المحل فتمتد إلى أنواع غير حصرية باعتبارها تتعلق بمنتجات وخدمات وطلبات[4]

[1]خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013، ص63

[2] Joda Ibrahim Mohammed Alnour, Op.cit, P5.

[3] manoj kuMar sadual, "Electronic Contracts: Legal Issues And Challenges", International Journal of Research and Analytical Reviews, Volume 8, Issue 3, July 2021, p794.

[4]عبد الصبور عبد القوي على مصري، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، 2012، ص 145.

الفرع الأول: تعريف العقود الإلكترونية

العقد الإلكتروني هو تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات بين الأعمال التجارية وغيرها أو بين الأعمال والمستهلكين باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[1]

عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا وتنشيء التزامات تعاقدية، ويعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الالكتروني بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، ويفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2]

أما على الصعيد الدولي، لم ينص الأونسيترال القانون النموذجي للتجارة على تعريف للعقد الإلكتروني، ولكن في الفقرة الأولى من المادة 11، تحت عنوان تكوين العقد وصلاحيته، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض في سياق تكوين العقد، ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك[3]

والقانون النموذجي "الأونسيترال لم يتعرض أيضا لتعريف العقد الإلكتروني بشكل مباشر أو صريح، بالرغم من استخدام تعبير التعاقد الإلكتروني كثيرًا في مداولات القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال

إلا أنه ورد به أن مصطلح "رسالة بيانات" يراد به المعلومات التـي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي[4]

---

[1] Morad Shnikat, Ali Alzubi, Maher Aljaber, Ali Alnsoor, Op.cit, P48.

[2] سمير دنون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص 119.

[3] Yassin Ahmad alqudah,Raed Mohammad Flieh Alnimer, "The Legal Nature of the Electronic Contract (A Comparative Study between the two laws: Jordanian and Bahraini)", Journal of University of Shanghai for Science and Technology, Volume 22, Issue 11, November – 2020, P1637

[4] محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق، ص 14.

وقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد Remote Contract العقد الإلكتروني بأنه: (عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد)[1]

وقد عرفت اللجنة الأوربية العقد الإلكتروني بأنه " أداة أعمال الكترونية تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات، بدلا من التبادل التقليدي[2]

تجدر الإشارة إلى أنه توجد بعض التشريعات التي لم تتعرض لتعريف العقد الإلكتروني بشكل مباشر وصريح، فقد ورد بقانون الاستهلاك الفرنسي بأن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود يتم إبرامها عن بعد، أي من خلال تقنية تسمح للمستهلك بطلب منتج أو خدمة وذلك في غير الأماكن المعتادة لاستقبال المستهلكين أو العملاء[3]

العقود الإلكترونية قبل أن يكون هناك صفحات إنترنت web pages كان هناك البرمجيات، وتماما كما أصبح لصفحات الويب عقود ويب (web wrap agreements) فقد كان للبرمجيات الجاهزة عقوداً مشابهة سميت (shrink-wrap agreement) وعقود shrink wrap agreement هي اتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج، تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، وعادة لا يقرؤها المستخدم، بل يكتفي بمجرد الضغط (أنا أقبل I agree) أو (I accept)، إنه العقد الإلكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج ويسبق عملية التنزيل (Install)[4]

---

[1]الصالحين محمد العيش، "الشكلية في العقود الإلكترونية"، دراسات قانونية، المجلد 16، العدد 16، 2007، ص102.

[2]بعداش سعد، "العقد الالكتروني"، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، عدد 2، 2021، ص 421

[3]محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق، ص 12.

[4]عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التجارة الإلكترونية والقانون، دار العلوم، مصر، 2010، ص29.

يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني بأنه " العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية "، فالعقد الإلكتروني هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها، وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني، بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية، ويدخل في نطاق العقد الإلكتروني الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية ومنشأة تجارية أخرى[1]

العقد الإلكتروني عبر الإنترنت أحد العقود التي تبرم عن بعد، الأصل في التعاقد أن يكون بين حاضرين في مجلس عقد واحد، إلا أن ذلك لا يمنع من التعاقد بين غائبين، التعاقد عن بعد بمعنى أن تبرم العقود دون الحضور المادي المتعاصر لطرفي العقد، وذلك واقع يقره صراحة كثير من التشريعات، ولما كانت العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته، فهي تتم عن طرق تقنيات الاتصال الحديثة المختلفة، التي تحقق الاتصال بين الأطراف، دون أن يتطلب ذلك الالتقاء المادي بينهم[2]

أن العقد الإلكتروني ليس استثناء من أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين الطرفين وبالتالي هو لا يخرج في بنائه ومضمونه عن السياق المشار إليه آنفاً، غاية الأمر أنه: "يتميز

---

[1]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020، ص 43.

[2]محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق، ص 18-19.

بكونه عقدا يبرم عن بعد بين غائبين وذلك باستخدام وسائط الكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها[1]

الفرع الثاني: خصوصية العقود الإلكترونية

ترتبط الإنترنت والمعاملات الإلكترونية ارتباطا وثيقا، إذ لا يتصور إتمام التعاقد الإلكتروني بدون شبكة اتصالات ومعلومات، فقد شهد العالم منذ العقد الماضي ثورة تكنولوجية هائلة لا تقل في آثارها عن نتائج الثورة الصناعية، وهذه الثورة التكنولوجية عمادها والمعلومات، فالعالم يشهد الآن تطوراً هائلاً في مجال الاتصالات وبشكل لم يكن معهوداً من قبل، ولقد ساهم هذا التقدم التكنولوجي الهائل في زيادة الترابط بين الأسواق في العالم مما أضفى على المعاملات التجارية صفة العالمية، وترتكز هذه الثورة التكنولوجية أو الثورة الرقمية Digital Revolution على العديد من المقومات ومنها استحداث طرق تخزين البيانات[2]

يرى إيثان كاتش أن العقد الإلكتروني يتميز بالخصوصية مقارنة بالورق من حيث أنه يتميز بثلاث خصائص مهمة، وهي الخلود، التفاعل والديناميكية، هذه هي النقطة الأخيرة التي نريد تطوير تقنية المعلومات التي بموجبها لم يعد العقد الإلكتروني يتمتع باستقرار المكافئ للورقي، وعمليًا للأطراف الآن أصبح لديهم إمكانية تعديل العقد بشكل أسهل[3]

الذي يبرم على دعامة إلكترونية وذلك لاختفاء الدعامة الورقية، كما أن التعاقد الإلكتروني يتم من خلال شبكة اتصالات دولية، حيث يمكن أن يتم تسليم المنتجات والخدمات معنوياً على الخط on line ويصعب تحديد هوية المتعاقدين مع إمكانية التفاعل الجماعي بين عدة أطراف متعاقدة من خلال الإنترنت[4]

---

[1] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 25.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 13.

[3] Vincent GAUTRAIS, "Les Contrats De Cyberconsommation Sont Presque Tous Illégaux !", Revue du notariat, Volume 106, numéro 3, décembre 2004, P622

[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

تتغذى المنصات الرقمية على البيانات حيث تعتمد نماذج أعمالهم على التقنيات الجديدة، ولا سيما الاستغلال الهائل للبيانات، فضلاً عن استخدام الخوارزميات، إلى جانب أنظمة تحديد الموقع الجغرافي تسمح معالجة البيانات للمنصات الرقمية باستهداف احتياجات وتفضيلات مستخدميها، سواء كانت فعلية أو محتملة، وبالتالي يمكنهم إضفاء الطابع الفردي على الخدمات التي يقدمونها قدر الإمكان، مما يشجع المستخدمين على استخدام خدماتهم[1]

يعد العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي ووسائل التقنية الحديثة، وله خصوصيته وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة[2]

يتميز العقد الالكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الأنترنيت)، كما يتميز أيضا بصفته الانفتاحية فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، كذلك بصفته الالكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد[3].

يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر، وقد يكون العقد الإلكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد،

---

[1] Caroline Devaux, "Le droit français face aux plateformes numériques : guide de Navigation en eaux troubles", Revue générale de droit, Volume 50, numéro hors-série, 2020, P149.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص71.

[3] مناني فراح، المرجع السابق، ص31

ويشترك العقد الإلكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالمينتل Minitel، أو بالتليفزيون، أو بالتليفون، أو بالمراسلة كإرسال كتالوج، ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الإنترنت، ويسمح بالتفاعل بينهم[1]، ويعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف[2].

ويتم استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقد الالكتروني وهي أساسية فيه لأن هذا العقد لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، والاتصالات الالكترونية في مجال العقود الالكترونية يتسع مجالها ليشمل كل أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب سواء عن طريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وكذلك تشمل الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية أو أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهرتيزية، وأيضا تشمل عروض الإيجاب التي تنتقل عبر الأقمار الصناعية[3]

وقد جاء أيضا بالتوجيه الأوروبي تحديد وسائل الاتصال عن بعد وهي كل وسيلة تستخدم للاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك، وتؤدي إلى إبرام العقد بين هذه الأطراف ومن تلك الوسائل التليفزيون الهاتف، الكومبيوتر، ووفقا للمرسوم الفرنسي رقم 741 لسنه 2001 أصبح هناك تحديدًا تشريعيا لمفهوم التعاقد عن بعد حيث ورد بالمادة رقم 121 −16 الجديدة من تقنين الاستهلاك والتي

[1]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 44.

[2]مناني فراح، المرجع السابق، ص37.

[3]إكرام رقيعي، الإطار المفاهيمي "للعقد الالكتروني"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 05، العدد 02، 2021، ص 102.

أدخلت إليه بمقتضى المرسوم المشار إليه حيث أوضحت نطاق تطبيق النصوص الواردة بالفصل المخصص لبيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد، كما تنطبق تلك التصرفات على كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني[1]

يتمثل العرض الإلكتروني في قيام التاجر أو مقدم الخدمة بإتاحة معلومات للجمهور في شكل إلكتروني، أو تعاقدية أو غيرها من المعلومات حول السلع والخدمات بهدف إبرام العقد الإلكتروني، يتم إرسال هذه المعلومات عن طريق البريد الإلكتروني عندما يعطي الأفراد موافقتهم أو عندما يقوم المهنيون بإرسال تفاصيل الاتصال الإلكترونية الخاصة بهم بهدف إبرام عقد إلكتروني[2]

كما يتسم غالباً بالطابع الدولي، ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط Online يُسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى، ويثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الأخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له[3]

إن اختلاف الدعامة أو الحامل للحقوق يمكن أن يختلف تبعا لذلك حوامل الكتابة بين السند الورقي والإلكتروني كالأقراص اللينة والمضغوطة أو أية وسائط إلكترونية أخرى، فلا ينظر عندئذ لوسيلة الاتصال أو تبادل تلك الكتابات والبيانات، بقدر ما ينظر إلى مفهومية الكتابة وقابليتها للقراءة وحفظها الآمن والدائم مع إمكانية التصرف فيها بطلبها والاستدلال بها[4]

---

[1] محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق، ص 20.

[2] Edmond Mbokolo Elima, Philippe Bosembe Is'enkanga, And Eddy Mwanzo Idin'aminye, And Ntwali Victor Mituga "Les problèmes liés au contrat électronique en droit congolais", International Journal of Innovation and Scientific Research, Congo, Vol. 48 No. 2 May. 2020, P208

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 45.

[4] وليد علي محمد علي، حجية التوقيع الالكتروني وتطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019، ص 121.

يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية، وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية[1]

يتميز العقد الإلكتروني بكونه عقدًا وأن عقود البيع الإلكترونية تمثل الجزء الأكبر من جميع العقود، فهو موجه أيضًا نحو المستهلك لأنه غالبًا ما يكون بين المستهلك والمهني الخاضع لقواعد حماية المستهلك، وهذا ما يجعله عقد تجاري[2]

كما يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الاستهلاك[3]

من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونيةElectronic Payment System، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 44.

[2] Tebani seid, "The Nature of the Electronic Contract and its Difference from Other Contracts", Journal of Legal Studies and Research, Volume 4 Issue 2, January 2020 Algérie, P308.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 45.

الإلكترونية، والنقود الإلكترونيةElectronic Money ، والتي تتمثل في نوعين هما، النقود الرقمية Digital Money، والمحفظة الإلكترونيةElectronic Wallet، بالإضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثاً مثل الذهب الإلكتروني E-gold، والشيك الإلكتروني Electronic Check

وتتم عملية تحويل الأموال إلكترونياً Electronic Fund Transfer (EFT) بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك SWIF، أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمي مشروع بوليرو Bolero Project [1]

[1]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 46.

المطلب الثاني: متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية

أدت التطورات العلمية والتكنولوجية إلى ظهور منصات رقمية استقطبت مختلف عمليات التعاقد، حيث نظمت نفسها من وجهة نظر قانونية، وذلك بوضع إطار تنظيمي يتضمن بنود التعاقد الالكتروني، والتي تلعب فيه الإرادة الدور الرئيسي، فبواسطة إيجاب وقبول ذو طبيعة إلكترونية، يختار الأطراف لإبرام عقودهم الشكل الالكتروني، واختيار مضمون هذه العقود، والقانون المعمول به، والمحاكم المختصة... إلخ، وبالتالي سمحت لهم هذه الحوكمة ذات الطبيعة التعاقدية بعدم اللعب خارج قواعد اللعبة، فاختيار القواعد الخاصة بهم، والأنظمة القانونية الأقل تقييدًا لإدارة أنشطتهم الاقتصادية، يؤدي إلى تحررهم (مؤقتًا على الأقل) من القانون الحالي، ولا يمكن إنكار الاضطرابات التي تحدثها منصات التعاقد الالكتروني على القانون بجميع فروعه، خاصة على قواعد الشريعة العامة التي تسببت في تأزم للأسس الكلاسيكية لنظرية العامة للعقود[1]

إن ازدهار المعاملات الالكترونية متوقف على كم الضمانات التي تحوز عليها هذه المعاملات وخاصة لو أخذنا بعين الاعتبار أنها تتم أليا والكترونيا بين أشخاص لا يعرفون بعضهم البعض ولا يلتقون، فهي تجارة عن بعد أو بالأحرى معاملات وتعاملات عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي يستبعد فيه وقوع التزوير أو التلاعب في التوقيع الالكتروني، من هنا كان من الضروري الاهتمام بتوافر الضمانات اللازمة لإضفاء الثقة لدى المتعاملين بالتوقيع الالكتروني[2]

يستخدم العقد الالكتروني لكافة التصرفات محل الاتفاقات على الشبكة وبشكل رئيسي إنزال البرامج أو الملفات عن الشبكة، والدخول إلى خدمات الموقع وتحديدا التي تتطلب اشتراكا خاصا في بعض الأحيان، أو مقابل مالي أو لغايات الحصول على الخدمة كالمحادثة ومجموعات الأخبار أو الإعلان والأدلة أو

---

[1] Caroline Devaux, Op.cit, p151.

[2] بوبكر أمال، "التصديق الإلكتروني كألية لتدعيم الاقتصاد الرقمي في الجزائر"، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، المجلد 03، العدد 01، ص244.

لغايات التسجيل، والالتزام العقدي بإنفاذ الخدمة المعروضة مجانا بشروط الموقع كخدمات البريد المجاني والاستضافة المجانية وغيرها، كذلك لإبرام التصرفات القانونية على الخط كالبيع والشراء والاستئجار وطلب القرض وإجراء عملية حوالة مصرفية وإبرام بوالص التأمين ودفع الثمن وغيرها، وكذلك النشاطات التجارية المقصودة لهذا الغرض تشمل جميع تلك النشاطات المرتبطة بالعلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم غير ذلك[1]

لا تعني حقيقة إبرام العقد إلكترونيًا أنه سيتم التخلي تمامًا عن النموذج المكتوب، لأن الشكليات ضرورية دائمًا لضمان حقوق المستهلك الإلكتروني، وللأخير أيضًا الحق في احترام حياته الخاصة، عندما نتحدث عن الشكليات في القانون المدني، فإننا بطبيعة الحال نفكر أولاً في الشكليات التجريبية، أي المتطلبات الشكلية التي تهدف إلى إثبات وجود ومحتوى الاتفاقية، لم تفشل ظهور وسائل الاتصال الحديثة في إثارة التساؤلات وتدخل المشرعون لإصلاح قانون الإثبات، لكن الشكليات لا تقتصر على قانون الإثبات، بل إنها تشترط أيضًا صحة بعض العقود هذه حقيقة الاستثناءات، لأن قانون العقود يحكمه مبدأ التوافق[2]

حتى يتمتع العقد الالكتروني بالحجية القانونية الكاملة في الاثبات وامكانية مساواته بالسندات التقليدية فأنه يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط البالغة الأهمية، وهذه الاخيرة بدورها تحدد صحة وسلامة المستند الالكتروني وتجعله مساويا للسند التقليدي من حيث الحجية والقوة القانونية[3]

لكي يتم منح الرسائل الإلكترونية نفس القوة الإثباتية مثل الكتابات الموقعة على الورق، يجب أن تفي بنفس المتطلبات[4]

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص30

[2] HARRAT Mohammed, La Protection Du E-Consommateur Dans Le Contrat Electronique (Etude Comparative), Revue de Droit et Société, Algérie, Vol : 08 No, 2020, P606.

[3] علياء عبد الرحمن مصطفى، "الحجية القانونية للمستند الالكتروني في الاثبات المدني"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 5، العدد 3، 2021، ص429

[4] Béatrice Fraenkel, David Pontille," L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique", Revue Langage et société, n° 104 – juin 2003, P84.

لا يختلف المحرر الإلكتروني عن المحرر الورقي إلا من حيث الدعامة المحرر عليها، فكما للمحرر الورقي طرفان هما المنشئ والمرسل إليه، فإن للمحرر الإلكتروني ذات الطرفان، لكن بما أن المحرر الإلكتروني ينشأ في بيئة تقنية فإنها تفرض أن يكون هناك طرف ثالث يكون وسيطا بين المنشئ والمرسل إليه، وعليه فإن أطرف المحرر الإلكتروني هي ثلاثة المنشئ، المرسل إليه، الوسيط منشئ المحرر الإلكتروني أو المرسل عرفته المادة 2/ج من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، إذ جاء فيها: "يراد بمصطلح "منشئ " رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة[1]

ما يجعل المحرر الالكتروني يستمد قوته الثبوتية من خلال توفر متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية، والتي تشمل الكتابة الالكترونية (الفرع الأول) والتوقيع الالكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية

نشير إلى أن التشريعات لم تضع تعريفا موحدا للكتابة الإلكترونية بل هناك من التشريعات من لم يعرف الكتابة الإلكترونية بل عرف المحررات الإلكترونية التي على أساسها تعرف الكتابة الإلكترونية، وعليه فإن أول ما ظهرت المعاملات الإلكترونية كانت في مجال التجارة الدولية، إذ سعت هيئة الأمم المتحدة وذلك من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى تسهيل مثل هذه المعاملات، والتي أصدرت قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، وقانون اليونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، حيث أننا نجد قانون اليونسترال للكتابة الإلكترونية لم يعرف الكتابة الإلكترونية[2].

---

[1] الزهرة جقريف، حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2019–2020، ص156.

[2] جديد حنان، "السندات الرسمية الإلكترونية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 01، 2015، ص251.

تعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات لما توفره من ضمانات للأشخاص، وقد أثر التقدم العلمي والتكنولوجي على شكل هذا الدليل الكتابي في ظل ما أفرزه من أجهزة قادرة على تخزين الوثائق وكتابتها واسترجاعها على دعامات الكترونية[1]

والجدير بالتأكيد أنه ليس هناك في القانون ما يلزم في الاعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق، وتأكد هذا المعنى في مرجع LAMY في قانون المعلوماتية حيث أشار إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد الدعامة التي تتم عليها الكتابة، إضافة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي تبنت هذه الفكرة منها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع لسنة 1981، وعليه يتضح أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالدعامة أو الوسيط المستخدم في التدوين بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني، وتحديد مضمونها بما يمكن للأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب نزاع، وحتى تقوم الكتابة بهذا الدور يجب أن يكون الوسيط مقروءا، وأن تتصف الكتابة بالاستمرارية والثبات[2]

سعت قوانين الأونسترال النموذجية الخاصة بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 والخاصة بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، إلى الإعتراف بالكتابة الإلكترونية من خلال تعريفها للمحرر الإلكتروني المعبر عنه بمصطلح رسالة البيانات، بأنه معلومات مهما كان شكلها وطرق إرسالها، مع عدم حصر للوسائل التي تنشأ بها، فاتحة المجال أمام التطور المستمر لتقنيات الإتصال الحديثة، فالعبرة بالقدرة على الاحتفاظ بما دون للإعتراف له بالقيمة القانونية[3]

---

[1] حسان سعاد، المرجع السابق، ص 49.

[2] باطلي غنية، "الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات"، التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، عدد 30، جوان 2012، ص129

[3] عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات- دراسة تحليلية مقارنة -، أطروحة الدكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2016 - 2017، ص161

كما تهدف أيضا عقود التجارة الإلكترونية إلى خلق مجتمع المعاملات اللاورقية، أي إحلال دعائم إلكترونية محل الدعائم الورقية، وهو ما يعني الاستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الإلكتروني، بعد أن كشفت بعض سلبيات العمل بتلك المستندات خاصة في ظل ثورة الاتصالات والمعلومات التي يشهدها عالمنا المعاصر، ومن هذه السلبيات بطء حركة المستندات الورقية، واحتمال تأخير إجراءات الجمارك وتعرض البضاعة لخطر الفساد والتلف، وأيضاً قابلية محفوظات المستندات الورقية للتضخم وشغلها مزيداً من غرف الحفظ، بالإضافة إلى صعوبة تداولها[1].

أورد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المقصود بمفهوم الكتابة في نص المادة 6/1 حيث أشار أنها تشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة عنها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، وهذا يعني أن أي وثيقة تقليدية أو غير ذلك ينطبق عليها هذا المفهوم، تعد وثيقة كتابية إذا أمكن الاطلاع على ما هو مدون فيها ويمكن حفظها بطريقة تسهل الرجوع إليها في أي وقت[2]

عرفت منظمة الإيزو للمواصفات العالمية المحرر بأنه مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها عن طريق إنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك، غير أن قيمة المحرر لا ترتبط بنوع معين من الدعامات التي تحمل عليها تلك المعلومات الموجودة به، ولذلك عرفت الوثيقة بأنها كل وعاء للتعبير عن فكر معين، ومن ذلك عرفت الوثيقة المعلوماتية أو الوثيقة المعالجة معلوماتيا بأنها كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة سواء كان معدا للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية أو مشتقا من هذا النوع، ومن بين هذه الأجسام

---

[1]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 36.

[2]كوسام أمينة، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، 2016-2015، ص18

والدعامات المادية الأقراص الليزرية، الأقراص الصلبة والذاكرات الضوئية وغيرها من الأجسام الإلكترونية التي تنتجها التكنولوجيا الحديثة[1]

إن الكتابة الإلكترونية تمثل استجابة لحاجة ملحة تقتضي البحث عن بديل للكتابة الورقية، والتي بدت قاصرة عن إستعاب التقدم الحاصل في الاتصالات والمعلوماتية، فمع هذا التطور أصبحنا في حاجة إلى تحديد إطار قانوني منضبط للمشكلات القانونية المتعلقة بالوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التصرفات القانونية المتصلة بعدم توافر الكتابة التقليدية، ولقد سار المشرع الفرنسي على نفس المنوال في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على ما يلي: "يمكن أن يوضع على دعامة إلكترونية على أن تعد وتحفظ في ظروف تتحدد بمرسوم من مجلس الدولة"، ومنه يتضح أن فكرة الكتابة لا تستوجب دعامة من نوع معين، وبالأحرى لا تستوجب خاصة دعامة ورقية، حيث كان التدوين في عصور سابقة يتم على الحجر أو الورق أو الجلد، فالعبرة في الكتابة إثبات التصرف بشكل دائم سواء تتم قراءتها من الإنسان مباشرة أو من الآلة[2]

نجد أن المحررات الالكترونية يتم تدوينها على وسائط مكتوبة بلغة الآلة، ولا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر وإنما لابد من إيصال المعلومة إلى الحاسب الآلي الذي يتم دعمه بواسطة برامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، ومن هذا المنطلق فإنه يضمن قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي، وهو ما يعني استيفائها الشرط إمكانية القراءة والفهم، طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأصحاب العقد[3]

---

[1] براهمي حنان، "المحررات الالكترونية كدليل إثبات"، مجلة المفكر، المجلد 08، العدد 01، 2013، ص143-144.

[2] ديش تورية، أحمد داود رقية، "العقد التوثيقي الإلكتروني كألية لعصرنة مهنة التوثيق "دراسة مقارنة""، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 01، 2021، ص882.

[3] باطلي غنية، المرجع السابق، ص129

عدم وجود أي وثائق ورقية في العقد الإلكتروني عبر الإدارات على خلاف العقود التقليدية، التي تستند إلى المحررات المعدة سلفاً لإثبات التصرفات القانونية، فإن شاشة الحاسوب لا تقدم سجلاً ماديا يمكن الاحتفاظ به واستخدامه عند الحاجة، وإنما تقدم لنا مجموعة من البيانات الإلكترونية التي هي نتاج التقدم التكنولوجي الحديث، الذي جعلها أساس المحررات الإلكترونية، والتي تعتبر بدورها لغة العصر الحديث المتعارف عليها[1]

فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند[2]

تسمية كتابة أو محرر الكتروني على رسالة البيانات مما يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غير ذلك مما يكون له طابع منفرد ويثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية، فالكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عملية إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب[3]

بدأت بوادر أزمة الشكلية الإلكترونية في فرنسا عقب صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، حيث أدخل القانون المذكور تعديلاً على أحكام المادة 1316 مدني فرنسي مقتضاه تكون الكتابة الإلكترونية مقبولة بنفس الحجة المعطاة للكتابة على دعامات

---

[1] عبد الله نوار شعت، الإثبات والالتزامات في العقود الالكترونية، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 33.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 47.

[3] كحيل حياة، "حجية الإثبات الالكتروني"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، 2016، ص242

ورقية بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها، وأن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن الرجوع إليها بشكل مستمر، وتأكيداً على ذلك فقد نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة بشكل صريح على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية[1]

وتحفظ على الدعامات بهذه الصورة، وعند استخراجها يقوم الجهاز الإلكتروني، كالحاسب الآلي بتحويل هذه الإشارات الإلكترونية أو المغناطيسية إلى حروف يمكن قراءتها على شاشة الجهاز أو الميكروفيلم أو إخراجها على هيئة ورق مطبوع، وقد أطلق على هذا الشكل الجديد للكتابة اسم الكتابة الإلكترونية" أو "الرقمية"، التي أنتجت المحررات أو المستندات الكتابية الإلكترونية، وقد بدأ هذا الشكل الجديد من الكتابة يفرض نفسه، فحظي باهتمام العديد من التشريعات العربية[2]

نص المشرع الجزائري على أن تكون الكتابة في الشكل الإلكتروني معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، كما تم النص على هذا الشرط في المادة (08) الثامنة من قانون اليونسيترال النموذجي والقوانين العربية للتجارة الالكتروني" حيث تؤكد هذه النصوص على سلامة المعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني دون أن يلحقها أي تغيير، لذلك نجد أن غالبية القوانين الحديثة الصادرة في هذا المجال نصت على وجوب اعتماد سجل إلكتروني يتم حفظه ضمن أوعية الكترونية وفق ما نص عليه القانون أو اتفق عليه الأطراف بهدف توفير إمكانية الإطلاع على المعلومات الواردة بالسجل من الأشخاص المخول لهم ذلك ومنهم القاضي في حالة وجود منازعة حول المحرر [3]

وإذا كانت أهمية وقيمة الكتابة في الشكل التقليدي، تقوم أساساً على دعاماتها المادية، فإن الكتابة في الشكل الالكتروني تختلف عنها في ذلك، فالدعامة أصبحت الكترونية وليست مادية والوصول إلى

---

[1]الصالحين محمد العيش، المرجع السابق، ص112

[2]هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص 79.

[3]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 324.

محتوى الكتابة لم يعد بالعين المجردة بل لابد من الاستعانة بأجهزة وأنظمة معلوماتية للوصول إليها والاطلاع عليها[1]

ومن الوسائل التي يتم الاحتفاظ بالمحررات والأوراق الإلكترونية على متنها نجد الشريط المغناطيسي؛ شبكة الانترنيت؛ الأقراص المرنة (Les disquettes)؛ الأقراص المضغوطة (CD)، والقرص الصلب Hard disk وغيرها، والملاحظ أن القوانين التي نظمت المسألة تجنبت تحديد وسائل الحفظ وذلك بهدف ترك المجال مفتوحا أمام وسائل التكنولوجيا التي قد تظهر مستقبلا[2]

إن الكتابة على المحرر الالكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب الآلي أو أية وسيلة الكترونية أخرى، بحيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال التي تتبلور من لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تتمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المخزونة في وحدة المعالجة المركزية أو أي قرص مرن مستخدم، وبعد الفراغ من معالجة البيانات التي تتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب وطباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات[3]

يجب أن تكون الكتابة مقروءة ومضمونة من خلال دوام الكتابة واستقرارها، بتدوينها في دعامة تحفظها لمدة طويلة يمكن الرجوع إليها والتعرف على محتواها، فلا تهم وسيلة الاحتفاظ المهم أن تضمن سلامتها ووجودها، وغالبا ما يكون الاحتفاظ بطريقة الكترونية، إمكانية تحديد هوية من أصدرها ويكون ذلك بالاعتماد على التوقيع الالكتروني عدم القابلية للتعديل، وهو ما تضمنه شهادة التصديق الالكترونية التي تسمح

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص 7.

[2] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 325.

[3] بان سيف الدين محمود، "العقد الالكتروني ووسائل اثباته"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 7، 2019، ص13.

بالتعرف على كل تعديل يتعلق به، والتحقق من الامضاء الالكتروني، مع ضرورة الحصول على شهادة الكترونية لإثبات الصلة بين البيانات، والتحقق من التوقيع الالكتروني والموقع[1]

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

لقد صاحب التطور التكنولوجي والتقني ظهور وسائط حديثة يمكن استخدامها في تدوين البيانات ولكن بشكل إلكتروني سميت بالدعامة الإلكترونية، ونظرا لعدم ملائمة التوقيع التقليدي مع الدعامة الإلكترونية ظهر مؤخراً التوقيع الذي لا يمكن القول إنه بديل للتوقيع التقليدي، إنما جاء ليتلاءم مع طبيعة الدعامة الإلكترونية وسمي بالتوقيع الإلكتروني[2]، فاختلاف الدعامة التي دونت عليها الحروف والأرقام لا يمنع أبدا من اعتبار المكتوب محررا[3]

حيث كانت البدايات الأولى لظهور التوقيع الإلكتروني بمناسبة عمليات الدفع الإلكتروني لدى البنوك والصرفات، ولايزال هذا المجال تطبيقاً خصباً لاستخدام التوقيع الإلكتروني، خاصة مع توسع أعمال الصرافة والبنوك الإلكترونية[4]

كان التوقيع الإلكتروني ومنذ اكتشاف الكتابة ولا زال حتى الآن هو الوسيلة الوحيدة التي تدعم الثقة في التعامل بين الناس، وبقولنا التوقيع في البداية لا يمكن أن يتبادر إلى ذهن القارئ سوى التوقيع التقليدي، والذي لا يمكنه أن يكون إلا بخط اليد، غير أن التحول من المحسوس إلى الرقمي، ومن الدعامة المادية إلى الدعامة الإلكترونية، فرض ضرورة إعادة النظر في المبادئ والقواعد التقليدية لقانون الإثبات وخاصة

---

[1] كريمة كريم، "عقد الشركة من الكتابة العادية إلى الكتابة الالكترونية (دراسة في القانون الجزائري المقارن)"، مجلة الحقوق، المجلد 18، العدد 1، 2021، ص228.

[2] حسينة شرون، صونيا مقري، "التوقيع الإلكتروني كألية لتوثيق المعاملات الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021، ص602.

[3] رمزي بن الصديق، "تزوير المحررات الإلكترونية بين قابلية الخضوع للقواعد التقليدية وضرورة مراعاة الخصوصية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، 2018، ص 202.

[4] عبد الفتاح بيومى حجازى، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص8.

بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، فسارعت العديد من الدول ومن بينها الجزائر إلى إدخال تعديلات في تشريعاتها بما جعلها تتبنى التوقيع الإلكتروني كدعامة في الإثبات الحديث[1]

الموقف يختلف في جميع أنحاء الاتحاد الأوروبي في المملكة المتحدة، يتمتع التوقيع الإلكتروني بنفس حالة التوقيع "بالحبر الرطب" المكتوب بخط اليد، حيث كان رد الحكومة على توجيه التوقيعات الإلكترونية هو اتخاذ الرأي القائل بأن جميع التوقيعات الإلكترونية يجب أن يكون لها نفس الاعتراف القانوني، حيث لم يتم التمييز بين التوقيعات المتقدمة والتوقيعات الإلكترونية الأخرى، وكان هذا يتماشى مع القانون الإنجليزي في ذلك الوقت الذي ينص على أن التوقيع الإلكتروني لا يختلف عن التوقيع بخط اليد شريطة أن يكون من الممكن إثبات أن نية الموقّع كانت "شخصيًا للمصادقة" على المستند[2].

في الآونة الأخيرة، أصبح التوقيع الإلكتروني حقيقة قانونية في القانون البلجيكي، بعد أن تسبب في تدفق الكثير من الحبر في العقيدة وقوض المفاهيم الكلاسيكية للكتابة والتوقيع بإعتبارهما الأصل، حيث أصبحت فكرة التوقيع الإلكتروني أخيرًا موضوع التنظيم البلجيكي تحت رعاية المشرع الأوروبي، وقد تم إدخال الإصلاح من خلال قانون الإثبات، ومع ذلك ومع كل هذه اليقينات المكتسبة حديثًا تنشأ أسئلة جديدة حول النطاق والتفسير الدقيق للقوانين التي أدخلت القانون المدني في العصر الرقمي[3]

أن الشرط الرئيسي للاعتداد بالمستند الالكتروني كدليل في الاثبات هو التوقيع الالكتروني، لكونه يمثل اقراراً للموقع لما هو مدون في المستند، ودليل مادي على حصول الرضا في انشائه[4]

حيث تضمن التوجه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر لسنة 1999 بشأن التوقيعات الالكترونية في المادة 05 منه صورتين للتوقيع الالكتروني، تمثلان في التوقيع الالكتروني البسيط، والتوقيع الالكتروني

[1]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 307.

[2] Susan Singleton, Op.cit, p225.

[3] Edmond Picard - Léon Hennebicy - Charles Van Reepingben - Jean Dal, La Signature Électronique Après Les Lois Du 20 Octobre 2000 Et Du 9 Juillet 2001, Extrait du Journal des tribunen, l'aimable autorisation des Editions Larcier, septembre 2002, BRUXELLES.belgique, P553.

[4]علياء عبد الرحمن مصطفى، المرجع السابق، ص430.

المتقدم أو المؤمن، وبالنسبة للتوقيع الالكتروني البسيط فانه لا يستجيب لمقتضيات الأمان ويتطلب إقامة الدليل أمام القضاء على أنه تم بطريقة موثوق بها، أما التوقيع الالكتروني المؤمن أو المعزز فهو يتمتع بدرجة عالية من الأمان وقد وضعت له مختلف التشريعات شروطا حتى تكون له حجية في الإثبات[1]

كما أقر المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات الأخرى، وجوبية أن يتم التوقيع الالكتروني من طرف الموقع وحده دون غيره، ولعل الغاية من ذلك التعرف على ارادة الموقع ورضاه بمحتوى التصرف، أي وجود علاقة مباشرة بين الموقع والتوقيع حيث تكون هذه العلاقة بالاستعمال المنفرد الموقع لتوقيعه وعدم السماح للغير باستعماله، ويمكن التعرف على هوية الموقع من خلال ما يسمى بالمفتاح الخاص الذي يمثل القلم في التوقيع التقليدي، ويدعم برقم سري يحتفظ به الموقع دون غيره والذي يسمح بالدخول إلى المفتاح الخاص[2]

إن أبسط آلية للتوقيع الإلكتروني هي بلا شك تلك التي تتمثل في رقمنة التوقيع بخط اليد، ولهذه الغاية يكفي مسح الرسم البياني لتحويله إلى ملف حاسوبي، يمكن تخزين "الصورة" الرقمية التي تم الحصول عليها بهذه الطريقة في ذاكرة الكمبيوتر (أو على وسيط مغناطيسي متنقل)، وبالتالي يمكن للموقّع نسخ الصورة في ملف آخر ثم طباعة الوثيقة "الموقّعة"، إذا كانت الطابعة والورق بجودة جيدة، فإن النتيجة النهائية تبدو مثل الأصل، في الواقع يمكن لأي شخص لديه توقيع نموذج (ورقي) أو وصول إلى النظام أو الوسيط المغناطيسي الذي يتم تخزينه عليه، أيضًا إعادة إنتاجه بنفس النجاح؛ وهذا يعني ما إذا كانت

---

[1]باهة فاطمة، "شهادة التصديق الالكتروني كألية لضمان حجية المعاملات الالكترونية " في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري""، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 02، 2015، ص395.

[2]فصيح عبد القادر، بن عمر محمد، "التوقيع الالكتروني ودوره في الاثبات"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 03، 2016، ص98.

العملية من تلقاء نفسها تقدم درجة من الضمان التقني، وبالتالي الضمان القانوني الذي هو على الأقل غير مؤكد لهذه الأسباب من الواضح أنه لا يوجد مستقبل مشرق أمامه ما لم يقترن باستخدام التشفير [1] .

أولا: أنواع التوقيع الإلكتروني

غير ظهور الشبكة الإلكترونية العالمية (الانترنت) الموازين والقواعد التقليدية المتعارف عليها، بعد أن أصبحت هذه الشبكة صلة الوصل الأساسية في تبادل المعلومات، والخدمات والصفقات سواء أكانت تجارية أو غير تجارية، فظهرت السندات أو المحررات الإلكترونية التي لا ترتكز على دعامة ورقية؛ مما أدى إلى تطور التوقيع الذي أخذ شكلا عدديا أو رقميا جديدا يعرف بالتوقيع الإلكتروني[2].

1-التوقيع الرقمي:

لقد أفرز التطور التكنولوجي عن أشكال عدة للتوقيع الإلكتروني، بيد أن هذه الأشكال مختلف فيما بينها باختلاف الطريقة المستخدمة في التوقيع، كما أنها من جهة أخرى تتفاوت فيما بينها من حيث درجة فعاليتها في توفير القدر الكافي من الثقة وأكثر هذه الأشكال انتشارا واستعمالا التوقيع[3]

يقوم هذا التوقيع على عمليات التشفير لتجنب الالتباس، تجدر الإشارة إلى أنه يمكن استخدامها ليس فقط لأغراض التوقيع، ولكن أيضًا لغرض ضمان سرية التبادلات يتم تنفيذ هذه الوظيفة الأخيرة، التي تسمى التشفير"، بشكل عام باستخدام المنتجات التي تعتمد في معظمها على معيار تشفير البيانات وهو نظام تشفير بمفتاح فريد باستخدام خوارزمية، كما يوحي اسمها، تقوم بتشفير وفك تشفير رسالة باستخدام مفتاح واحد، هذه العملية فعالة بشكل خاص في الشبكات المغلقة؛ الحاجة إلى جعل المفتاح معروفًا لمتلقيها، مع

---

[1] Didier GOBERT, Etienne MONTERO, La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle, RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE, University of Namur, Belgique, n° 53, avril 2000, P 4

[2] عبد العزيز سمية، "التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للإثبات – دراسة مقارنة"، مجلة معارف، المجلد 09، العدد 17، 2014، ص160

[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص241.

وجود مخاطر اعتراض لا مفر منها، تعني أنه بمفرده من ناحية أخرى، غير مناسب للشبكات المفتوحة أو للاستخدام لأغراض التوقيع[1]

ويعتبر التوقيع الرقمي أكثر صوره استعمالا، ويتم باستخدام مفتاحا خاصا معتمدا قانونا من جهة متخصصة بإصداره، للتحقق من شخصية الموقع، ويقوم التوقيع الرقمي على فكرة الرموز السرية والمفاتيح غير المتناسقة، ويعتمد على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية من الناحية الفنية، ويحقق التوقيع الرقمي وظائف التحقيق من الهوية والسرية وسلامة البيانات وعدم إنكارها[2]

عملية التحقق من التوقيع الرقمي تضمن أن الرسالة قد تم تشفيرها بمفتاح خاص يتحاكى مع المفتاح العام المستخدم في فك التشفير، ولكن يلزم أيضاً التحقق من نسبة زوج المفاتيح هذا إلى الشخص الذي يدعى ـأنه صاحب المفتاح العام (زوج المفاتيح)، وهذا الأمر يتم باستخدام أطراف ثالثة موثوقة تسمى بسلطات التصديق (Certification Authorities) وهي التي تقوم بتقديم شهادات الكترونية تشير إلى إن المفتاح العام موضوع السؤال يعود إلى شخص صاحبه الذي يدعى أنه من قام بإرسال الرسالة وتوقيعها، وغالباً ما تتضمن التشريعات وجوب توافرها حد أدنى من المواصفات الفنية والإدارية والإجرائية لدى سلطات التصديق قبل ممارستها لأعمالها، كما قد تتطلب أن تقوم سلطات التصديق بإظهار قدرتها من جميع الجوانب على إصدار شهادات تصديق مدعمة للتوقيعات [3]

2-التوقيع بالبطاقة الممغنطة:

التوقيع القائم على تكنولوجيا الرقم السري باستخدام البطاقات الممغنطة وهو ما يعرف بالكود أو الرقم السري، وهو عبارة عن مجموعة من أرقام أو حروف يختارها صاحب التوقيع ويتم تركيبها أو ترتيبها في

---

[1] Didier GOBERT, Etienne MONTERO, Op.Cit, P6.

[2]دريس كمال فتحي، "آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، 2017، ص161.

[3]وليد علي محمد على، المرجع السابق، ص 77.

شكل كودي معين، يتم عن طريقه تحديد شخصية صاحبه بحيث لا يكون هذا الكود معلوم إلا له هو فقط، وغالبا ما يستخدم التوقيع الكودي في المراسلات والمعاملات البنكية[1]

يعد التوقيع باستخدام الرقم السري والبطاقة الممغنطة PIN أول شكل أظهرته التقنيات التكنولوجية للتوقيع الإلكتروني، وهو أكثرها شيوعاً؛ لأن استخدامه لا يتطلب عناء كبيرا أو خبرة معينة، بل يمكن لكل شخص أن يستخدمه[2]

يتم توثيق التعاملات والمراسلات الإلكترونية بهذه الطريقة بالتوقيع الكودي، أو مما يسميه البعض بالتوقيع بواسطة البطاقة المصرفية، وذلك تسهيلا لإبرام صفقات تجارية بصورة عامة وإمكانية الحصول على النقود في أي وقت على وجه الخصوص، ويتم التوقيع بهذه الطريقة بواسطة بطاقة ممغنطة تمنحها المصارف عادة لزبائنها، إذ يقوم العميل بوضع البطاقة في جهاز الصراف الآلي ومن ثم إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والذي يمنحه له المصرف؛ وبعد التأكد من الرقم السري يسمح له بالدخول إلى حسابه والقيام بالعمليات المصرفية التي يرغب بها، إذ أن بدون الرقم السري لا يمكن التعامل مع النظام المعلوماتي[3]

هذه البطاقة هي عبارة عن عقد يتعهد فيه مصدر البطاقة لمصلحة شخص العميل وهو حاملها، بفتح حساب بقيمة مالية معينة، إذ يتمكن العميل من وفاء قيمة مشترياته لدى المحلات التجارية والخدماتية المتعاقدة مع مصدر هذه البطاقة، وتعرف هذه البطاقات في الجزائر ببطاقات (CIB) هذه البطاقة تحتوي على رقم سري لا يعرفه إلا صاحبها، والذي يُخوّله الدخول إلى حسابه وإجراء العمليات التي يريدها، ثم بعد ذلك يحصل العميل على شريط ورقي يثبت فيه المبلغ الذي تم سحبه والتاريخ، وكذا الساعة وقيمة المبلغ

---

[1]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 385.

[2]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص245.

[3]غاني جدر السعدي، أكرم محمد حسان، "النظام القانون لشهادة التوثيق الالكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017، ص592.

المسحوب والرصيد المتبقي، ورقم العملية المصرفية، ورقم الشباك البنكي الإلكتروني أو رقم الموزع الإلكتروني[1]

انتشر التعامل بالبطاقة الممغنطة في المعاملات التي يتم استخدامها في السحب النقدي من خلال بطاقة الصراف الآلي، ويتم إصدار هذه البطاقة من جانب البنك للعميل؛ رغبة من البنك للتخفيف من ازدحام المواطنين على شبابيك الصرف المخصصة فيه، لتمكين العميل من صرف المبلغ الذي يحتاجه خلال الفترة التي يكون فيها البنك مغلقا، وكذلك في حال سفر الشخص إلى دولة أخرى فلن يكون مضطرًا إلى حمل مبالغ نقدية معه وتحمل المخاطر التي قد تؤدي إلى ضياع الأموال وسرقتها[2].

3-التوقيع بالقلم الإلكتروني:

يتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم تخزينه في الحاسوب، وبعد ذلك يتم نقل هذه الصورة إلى الملف أو العقد الذي يراد إضافة التوقيع إليه لإعطائه الحجية اللازمة[3]

ويمتاز هذا التوقيع بمرونة وسهولة استعماله حيث يتم من خلاله وبشكل بسيط ويسير تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الالكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات، إلا أن استعمال هذا التوقيع يتسبب في العديد من المشاكل مثل إثبات الصلة بين التوقيع والمحرر الالكتروني؛ إذ يستطيع المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع التي وصلته على إحدى المحررات؛ ثم يقوم لاحقا بإعادة وضعها على أي محرر ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، إذا فهذه الطريقة تخلو من درجات الأمان الواجب تحققها في التوقيع الالكتروني[4]

---

[1]رايس محمد، "حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، 2014، ص40.

[2]سديرة نجوى، "الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني كآلية لتدعيم الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 02، 2022، ص340.

[3]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 384.

[4]بان سيف الدين محمود، المرجع السابق، ص15.

فالتوقيع بالقلم الالكتروني هو طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومتري يتم بقيام شخص بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي؛ مستخدما قلما الكترونيا خاصا حيث يستوجب جهاز حاسب آليا ذا مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته[1]

يقوم هذا التوقيع بنقل التوقيع التقليدي بواسطة استخدام قلم الكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الحاسوب، عن طريق برنامج؛ هو المسيطر أو المحرك لكل العملية؛ وله وظيفتين، تتمثل الوظيفة الأولى في إلتقاط التوقيع بعد تلقي بيانات العميل عن طريق بطاقة يضعها في الآلة المستخدمة، وبها كامل البيانات الشخصية، ثم تظهر على الشاشة الإلكترونية، بعد الانتهاء من العملية تظهر رسالة تطلب من المستخدم إدخال توقيعه بالقلم الإلكتروني في مربع خاص داخل الشاشة، ثم يقيس البرنامج هذا التوقيع ويشفره و يحتفظ به ويسمى بالشارة البيومترية، أما الوظيفة الثانية، فتتم عن طريق فك رمز الشارة ثم يقارن المعلومات الموجودة عليه مع إحصائيات التوقيع المخزنة من قبل قاعدة البيانات، تصدر بعد ذلك تقريرها الذي يرسل إلى برنامج الكمبيوتر، والذي يعطي الرأي النهائي في صحة أو عدم صحة هذا التوقيع[2]

يقوم التوقيع المؤمن على استخدام قلم إلكتروني حساس، حيث يقوم الشخص المراد توثيق توقيعه بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الآلي، وذلك باستخدام برنامج معلوماتي معين يكون هو المسيطر والمحرك لكل العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين: هما خدمة التقاط التوقيع The signature capture service وخدمة التحقق من صحتهThe signature verification service ، حيث يقوم البرنامج أولا بتلقي بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة، التي يتم وضعها في الآلة؛ ثم تظهر بعد ذلك

---

[1]ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص886.

[2]فضيلة يسعد، "القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 3، 2019، ص510.

بعض التعليمات على شاشة الحاسوب يتبعها العميل إلى غاية ظهور رسالة إلكترونية؛ تطلب منه كتابة توقيعه باستخدام القلم الإلكتروني داخل مربع مرسوم على الشاشة[1]

4-التوقيع البيومتري:

يقوم على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، والتي تختلف من شخص لآخر، يتم تخزينها على الحاسب عن طريق التشفير ليعاد فك التشفير للتحقق من صحة التوقيع وذلك بمطابقة صفات المستخدم مع الصفات المخزنة[2]

يعتمد هذا التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان كالبصمة بواسطة الإصبع أو شبكة العين أو نبرة الصوت، وغيرها من الخصائص الذاتية للإنسان، وتتم هذه العملية عبر استعمال كمبيوتر وكاميرا وجهاز لقراءة البصمة فبتاريخ 14/08/2000 أدخلت شركة (Litronic) نظام توقيع يعتمد على الخصائص البيولوجية للإنسان، فعندما يقوم شخص بتوقيع مستند إلكتروني يتم التحقق من هويته عبر تلك الخصائص[3]

وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة الكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه، بحيث لا يتم الدخول إلا عند وضع بصمة الإصبع المتفق عليها أو بصمة الشفاه أو بنطق كلمات معينة، ولا يتم التعامل بها إلا عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة التامة[4]

ويعد هذا الشكل من الأشكال الحديثة جداً في التوقيع الإلكتروني، ويعتمد على الخواص الخلقية الطبيعية التي تميز الإنسان عن غيره من الأشخاص، كبصمة العين أو الإصبع أو الصوت، حيث يتم تخزين هذه البصمة بشكل شيفرة داخل ذاكرة الجهاز الإلكتروني المراد استخدام هذا التوقيع فيه[5]

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص242.

[2] حسان سعاد، المرجع السابق، ص 80.

[3] سديرة نجوى، المرجع السابق، ص338.

[4] مسعودي يوسف، رحاب أرجيلوس، "مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-04)"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 06، عدد 01، 2017، ص87.

[5] هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص 87.

كما يعد وسيلة من الوسائل الموثوق بها لتحديد هوية كل شخص ومعرفته نظرا لارتباط هذه الخصائص الذاتية به فقط، الشيء الذي يجعل منها وسيلة صالحة لاستعمالها من أجل إتمام التعاقد بالطريق الإلكتروني[1]

يعتمد هذا التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان، كالبصمة بواسطة الإصبع أو شبكة العين أو نبرة الصوت أو الحمض النووي الجيني (DNA) وغيرها من الخصائص الذاتية للإنسان التي لا يمكن نسيانها، وتتم هذه العملية عبر استعمال كمبيوتر وكاميرا وجهاز لقراءة البصمة[2]، فعندما يتم تخزين هذه البصمة بشكل شيفرة داخل ذاكرة الجهاز الإلكتروني المراد استخدام هذا التوقيع فيه، فإذا ما أراد صاحب هذا التوقيع إبرام تصرف قانوني معين بواسطة هذا الجهاز؛ ما عليه إلا الضغط بإصبعه على شاشة الجهاز أو مفتاح خاص فيه، أو الوقوف أمام كاميرا فيه إشارة منه على موافقته على إجراء التصرف القانوني، وبواسطة برامج داخل ذاكرة الجهاز المستخدم يمكن مقارنة الصورة المحفوظة للبصمة على قاعدة بيانات الجهاز مع الصورة الملتقطة لبصمة العين أو الإصبع، فإذا تطابقت السمات بين الصورتين، يسمح الجهاز بإتمام إجراء التصرف القانوني مع توثيقه في الوقت ذاته لهذا التصرف داخل قاعدة البيانات فيه[3]

حيث أن الإشكال في هذا التوقيع هو إمكانية حدوث تغييرات في الخصائص الذاتية للإنسان، فبتاريخ 14/8/2000 أدخلت شركة Litronic نظام توقيع يعتمد على الخصائص البيولوجية للإنسان، فعندما يقوم شخص بتوقيع مستند إلكترونياً يتم التحقق من هويته عبر تلك الخصائص، لكن تلك الآلية ما زالت في مرحلة الاختبار الأولى، لأن استعمالها يصطدم بعدة عقبات أهمها احتمال تغير بعض خصائص الإنسان بفعل الظروف؛ كتآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بفعل بعض المهن اليدوية، أو تأثير التوتر على

---

[1] رايس محمد، المرجع السابق، ص39.

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص192.

[3] هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص 87.

نبرة الصوت، وتشابه أشكال أوجه التوائم؛ لهذا فإن هذا النوع من التوقيع الالكتروني نادر الاستعمال عبر شبكات الأنترنيت الالكترونية[1]

ثانيا: التشفير الإلكتروني

لقد أحدثت الإنترنت ثورة ليس فقط في الحياة اليومية، ولكنها أظهرت أيضًا الحاجة إلى إعادة تعريف العديد من المصطلحات القانونية الأساسية[2]

كما أدت ظهور أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالشبكة إلى توسع ملحوظ في مجال التشفير، حيث بدأ القطاعان المالي والحكومي في تقييم احتياجاتهما للمعاملات الإلكترونية الآمنة، في أوائل السبعينيات من القرن الماضي بدأ الباحث في شركة IBM هورست فيستل في ذلك الوقت، وهو أحد الباحثين القلائل في مجال التشفير في القطاع الخاص، العمل على خوارزمية من شأنها، كما جادل في حماية الخصوصية الفردية في مجتمع الكمبيوتر القادم، اقترح Feistel أنه يمكن استخدام الأصفار لتشفير بنوك البيانات من أجل حماية محتوياتها من أي شخص باستثناء الأفراد المصرح لهم، قدم فيستل هذه الأفكار ومبادئ تصميم شفرات لوسيفر الخاصة به في مقال نشرته مجلة Scientific American عام 1973، وكان في ذلك الوقت أحد أكثر المناقشات صراحةً حول مبادئ التشفير الحديثة التي تم تقديمها للجمهور الأمريكي[3]

كان تصميم Lucifer بسيطًا بشكل ملحوظ مثل تشفير Vernam، فقد عمل مباشرةً مع التمثيل الثنائي للرسائل: "سنفترض ضمنيًا أن الرسائل التي نرغب في التعامل معها بشكل مشفر قد تمت ترجمتها أولاً إلى سلسلة من الأرقام الثنائية، أي نوع يمكن تمثيل المعلومات، سواء كانت حروفًا أو أصواتًا موسيقية

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص192.

[2] Joanna Kulesza, Routledge Research in IT and E-Commerce Law, First published, by Routledge, the USA and Canada, 2012, p30

[3] Jean-François Blanchette, Cryptographic Culture and Evidence Law in the Age of Electronic Documents, Massachusetts Institute of Technology, London, England, 2012, p46.

أو إشارات تلفزيونية، عن طريق الترميز الثنائي، ولن نقلق بعد الآن بشأن المعنى الأصلي للرسائل وسنتعامل فقط مع تمثيلها الثنائي"[1]

لهذا يعتبر أخطر هاجس يهدد التعاقد الالكتروني بصفة عامة بالنظر إلى السرعة التي يمكن أن تتم بها العمليات التجارية في وقت قياسي، هو إساءة استخدام الأنظمة المعلوماتية واختراق هذه العمليات والتمكن من بياناتها وما يترتب عن ذلك من آثار وخيمة [2]

أمام المخاطر التي تقف عقبة في تنامي التبادل في الشكل الإلكتروني حاول المختصون في مجال الإعلام الآلي تطوير الوسائل والنظم المستعملة في تبادل الوثائق عبر شبكات المعلوماتية؛ لضمان الحفاظ على مضمون الرسالة كما تم إنشاؤها أصلا وإعدادها في ظروف تضمن سلامتها، وهناك العديد من الوسائل لكن من بين الأكثر نجاعة نجد نظام التشفير الذي يبنى على معادلات رياضية وكذا البصمة الإلكترونية والتي تعد أسلوب متطور يعتمد على التشفير أساسا[3]

يقوم التوقيع الالكتروني على تكنولوجيا التشفير، وتعد هذه الأخيرة من أهم الوسائل المستخدمة لحماية سرية وضمان عدم إجراء أي تعديل على المعلومات المرسلة عبر شبكة الانترنت، فقبل أن يستطيع المرسل توقيع رسالة المعلومات رقميا يجب أولا أن يعمل على إنشاء زوج من المفاتيح، عام وخاص[4]

يعتبر التشفير إجراء تقني يسمح بزيادة الأمان والثقة في التجارة الإلكترونية، وتضمن السرية الكاملة في ذلك والحيلولة دون تعديلها أو اختراقها، حيث اكتشف سنة 1980، وعرف بأنه العلم الذي يعتمد على وسائل وطرق تجعل من المعلومة غير مفهومة وغير مقروءة إلا لأطرافها، حيث يتأكد كل من المرسل

---

[1]Jean-François Blanchette, op.cit , p46 .

[2]إكرام رقيعي، "خصوصية التوقيع الالكتروني في العقد التجاري الالكتروني على ضوء القانون رقم 18-05"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 02، سبتمبر 2019، ص 1681.

[3]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 332.

[4]نذير قورية، "دور مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في حماية المستهلك على ضوء القانون رقم 15/04"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 02، جوان 2018، ص191.

والمرسل إليه عدم تعليم الرسالة لطرف ثالث غيرهما، يتم الاطلاع على البيانات الإلكترونية في المعاملات التجارية والإدارية باستخدام مفتاحين الأول عام معروف لعامة الناس أما الثاني فهو مفتاح خاص لا يعلمه سوى صاحبه[1]

1-التعريف بالتشفير الالكتروني:

تم استخدام طريقة التشفير Cryptologie، والتي يعتبرها الفقهاء بأنها الطريقة والحل الأمثل للعقود التي تبرم عن بعد، ويعد التشفير أحد المخارج المناسبة لتحقيق تأمين المعاملات وضمان وصول الرسائل والمعلومات غير مشوهة إلى الطرف الآخر، وتستعمل هذه الطريقة سواء أثناء الإبرام أي تبادل الرسائل التي تتضمن التعبير عن الإرادة أو أثناء التنفيذ وخصوصا في المعاملات المالية، ولقد استعملت هذه الطريقة فيما يخص سندات الشحن الإلكترونية وذلك من خلال اعتماد نظامين من أجل ضمان انتقال هذه السندات وهما نظام CMI و نظام Boliro [2]

يعرف التشفير (Encryption) بأنه عملية تحويل المعلومات إلى رموز وإشارات غير مفهومة تبدو غير ذات معنى؛ لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الاطلاع عليه أو فهمه، إذن هو عملية تتمثل في الحفاظ على سرية المعلومات الثابتة منها والمتحركة باستخدام برنامج له قدرة على تحويل تلك المعلومات وترجمتها إلى رموز وأرقام وحروف غير مفهومة إلا من قبل صاحبها[3]

ويقوم مبدأ التشفير على تحويل بيانات المحرر الإلكتروني إلى صيغة غير مقروءة، لذلك فإنها تدعى أيضاً عملية الترميز، وهي تتضمن تطبيقات المعادلات ودوال رياضية على نص إلكتروني ينتج عنه مفتاح

---

[1] وليد علي محمد على، المرجع السابق، ص125-126

[2] باطلي غنية، المرجع السابق، ص132

[3] آزاد دزه يي، النظام القانوني للمصادقة على التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2016، ص86.

ذلك التشفير المناسب[1] ويتم هذا باستخدام مفاتيح سرية (Encryption Keys)، وطرق حسابية معقدة ومعادلات رياضية (لوغاريتمات) تتحول بواسطتها المعاملة من رسالة ذات كتابة عادية مقروءة ومفهومة إلى معادلة رياضية أو رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة، ما لم يتم فك تشفيرها ممن يملك مفتاح فك الشفرة والمعادلات الخاصة بذلك[2]

يقوم خبراء التشفير بإعداد خوارزميات متطورة ليتسنى للمستخدمين غير المتخصصين إستخدامه، من دون حاجة إلى دراسة خوارزميات التشفير، ولا يحتاج إلا إلى اختيار مفتاح التشفير وخوارزمياته، ومن أشهر الخوارزميات Towfish RC4. Rijndael DES 3DES – LDEA ، وجميعها تستخدم المعيار الأمريكي في التشفير[3]

باعتباره يختص به الخبراء جعله يكتسي أهمية كبيرة من أغلب التشريعات، حيث استعمل في كثير من العمليات الالكترونية والعسكرية، وكان إلى وقت قريب حكرا على الجهات الحكومية فقط كونه إجراء تقني يسمح بزيادة الائتمان والثقة ويضمن السرية الكاملة والحيلولة دون تعديلها أو اختراقها، كما اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بالتشفير، وتكريسه حماية للبيانات التي تم تداولها الكترونيا، إلا أنه لم يعرف التشفير و إنما اكتفى بالنص عليه في المادة 02 من القانون 04/15، وقام بتفسير معنى مفتاح التشفير الخاص بأنه " عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط وتستخدم لإنشاء التوقيع الالكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي"، ثم واصل المشرع تعريف مفتاح التشفير العمومي

---

[1] لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2009، ص34

[2] أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، 2012، ص153.

[3] آزاد دزه يي، المرجع السابق، ص 89.

بعبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني[1]

2-أليات التشفير الالكتروني:

أ-التشفير المتماثل أو السيمتري Symétrique

التشفير المتماثل وهو التشفير الذي يستخدم فيه صاحب الرسالة المفتاح الخاص ذاته لإنشاء التوقيع ولفكه بعد الاتفاق المسبق مع المرسل إليه على كلمة السر بينهما، غير أن هذه النوع من التشفير يشكل خطرا على المعاملات القانونية؛ لاسيما في مسألة تبادل المفتاح السري الخاص الأمر الذي أدى إلى تراجعه[2]

يستخدم فيه كل من مرسل البيانات ومستقبلها المفتاح الخاص المعد بين طرفي العلاقة، ليتم التشفير من خلاله ويتم فك الشفرة بنفس المفتاح، ويتم الاتفاق على كلمة مرور والتي في حال إدخالها يتم تحويل عبارة المرور إلى عدد ثنائي يتم فهمها من قبل أجهزة الحاسب الآلي، ويضاف بعد ذلك رموز أخرى لزيادة طولها، ويشكل العدد الثنائي مفتاح تشفير الرسالة الذي يستخدم لفكه مستقبلا؛ ولإعادة الرسالة إلى شكلها الأصلي المفهوم نستخدم كلمة المرور المعتمدة في العملية[3].

---

[1]قارة مولود، "التوثيق الالكتروني، شكله وإجراءاته"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص1547.

[2]سفيان سوالم، "حماية المعطيات الشخصية المرتبطة بخدمة التوقيع والتصديق الالكترونيين"، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 02، 2022، ص389.

[3]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 334.

كما يصطلح على هذا التشفير بنظام المفتاح المتماثل أو التناظري، وهو عبارة عن مفتاح سري واحد متبادل بين أطراف العلاقة باستخدام معادلة رياضية معينة بين الطرفين وعيب هذه المنظومة يمكن تسرب مفتاح فك التشفير عند تبادله عبر شبكة الانترنت[1].

يقوم هذا النوع من التشفير على فكرة أن كل من المرسل والمرسل إليه يستخدمان نفس المفتاح سواء للتشفير أو لفك الرموز، شريطة أن يقوم المرسل قبل إرسال الرسالة المشفرة إلى الطرف الآخر؛ بإرسال مفتاح التشفير بطريقة آمنة ليستطيع فك شفرة الرسالة المرسلة[2]

إذن التشفير السيمتري هو أنظمة التشفير التناظرية التي هي عبارة عن طريقة تعتمد على أنظمة تستعمل كقاعدة محورية ما يعرف بالتشفير، وهو فرع من فروع الرياضيات يعتمد على جملة من الوسائل والبرامج المعلوماتية لتحويل المعطيات إلى شكل غير واضح وغير مفهوم للغير، ويسمح بإعادة هذا الشكل إلى طبيعته الأصلية من طرف صاحب المعطيات والمرسل إليه فقط وكذا باستعمال لوغاريتمات تعرف بالتناظرية des algorithmes symétrique[3]

هذه الطريقة مناسبة لأي نوع من البيانات، حتى بالنسبة لنماذج البيانات ثلاثية الأبعاد، كانت مفيدة جدا بمناسبة مرحلة تطوير تكنولوجيا الإنترنت عندما لم يكن النطاق الترددي كافيا بالترتيب لنقل مجموعات كبيرة جدًا من البيانات، بحيث يتم توزيع مجموعة البيانات المشفرة على أقراص مضغوطة وعلى الإنترنت تم بيع مفاتيح فك التشفير على الإنترنت[4]

---

[1] مبروك حدة، "حجية السندات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد 01، 2018، ص 48.

[2] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص249.

[3] باطلي غنية، المرجع السابق، ص133.

[4] Dimitrios Tsolis, Lambros Drossos, Spyros Sioutas, Theodore Papatheodorou, Digital Rights Management for E-Commerce Systems, Information science reference, Hershey, New York, 2009, p24.

ب- التشفير غير المتماثل أو الأسميتري Asymétrique

يقوم هذا النوع من التشفير على زوج من المفاتيح غير المتماثلة واحد للتشفير وآخر لفك التشفير الموجود بمحرر ما مفتاح عام ومفتاح خاص، بحيث يكون المفتاح العام معروف للجميع، بينما المفتاح الخاص فيكون خاص بصاحبه، ويجب عليه الاحتفاظ به سراء وميزة هذا النوع من التشفير أنه من المستحيل عمليا اكتشاف أو تشكيل المفتاح الخاص انطلاقا من معرفة المفتاح العام[1]

يستعمل في التشفير غير المتماثل مفتاحين مفتاح عام ومفتاح خاص، المفتاح الخاص الذي يملكه شخص واحد يستخدم لتشفير الرسالة وفك شفرتها، أما المفتاح العام الذي يفك شفرة الرسالة التي شفرها المفتاح الخاص، يمكن أن يستخدم في تشفير رسائل مالك المفتاح الخاص، لكن لا يمكن للمفتاح العام أن يفك شفرة رسالة مشفرة بالمفتاح العام[2].

نقدم مثال حول سير عملية التعاقد الالكتروني في إطار الحماية التي يفرضها نظام التشفير غير المتماثل، بقيام التاجر بعرض منتوجاته عبر مواقع إلكترونية، يتيح للمشتري من خلال المفتاح العام قراءة محتوى العرض فقط دون إحداث أي تغيير أو تبديل فيه، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بالتاجر، وفي حال أراد المشتري الالتزام بمضمون العرض، فإنه يقوم بوضع توقيعه عليه عن طريق المفتاح الخاص به، ثم يعيد إرسال محتوى العرض إلى التاجر مصدره مرفقا بتوقيعه في ملف، ولا يمكن للتاجر التعديل فيه، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بالمشتري[3]

حيث يتم استخدام مفتاحين مختلفين واحد عام وواحد خاص، الأول يستعمل للتشفير والثاني لفك التشفير وهو النظام المعمول به، ومبادئه تتمثل في استخدام المنظومة لمفتاحين عام وخاص؛ يتم التوصيل

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص249.

[2] سفيان سوالم، المرجع السابق، ص389.

[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص250.

للمفتاح العام بالخاص؛ يمكن استخدام المفتاح الخاص لتشفير الرسائل أو توقيعها؛ المفتاح العام معلوم والمفتاح الخاص سري[1]

يعتمد هذا التشفير على الهندسة العكسية باستخدام مفتاحين أحدهما خاص والآخر عام، المفتاح العام يمكن معرفته لبعض الجهات المختصة والشخص الذي يريد إرسال الرسالة، ويستعمل في التشفير فقط، أما المفتاح الخاص فلا يعلمه إلا صاحبه ويستعمل في فك الشفرة، ويتطلب الاحتفاظ بالمفتاح الخاص لكل شخص وعدم إرساله، أما المفتاح العام فيكون في متناول الجميع الذين وجهت إليهم الرسالة الموقعة الكترونيا بالمفتاح الخاص، ويعتمد هذا النظام الوقت الكافي لفك الشفرة لاعتمادها على طرق معقدة[2]

كما أن البرنامج الأكثر شيوعاً الذي يسمح بتكوين المفتاح العام والمفتاح الخاص يسمى (Pretty Good Privacy (P.G.P) ، وفي هذا النظام يقوم حامل زوج المفاتيح بنشر المفتاح العام للعامة، ويحتفظ في سره بالمفتاح الخاص، فمن أراد مخاطبة حامل هذا الزوج من المفاتيح يقوم باستخدام مفتاح المرسل إليه العام لتشفير الرسالة، ومن ثم فإن متلقي الرسالة سوف يستعمل مفتاحه الخاص المحاكي للمفتاح العام؛ ومنه يقوم بفك التشفير وقراءة الرسالة، وما دام يحتفظ بمفتاحه الخاص فإنه لن يستطع أحدا فك تشفير الرسالة وقراءتها غيره، مما يضمن سرية المعلومات الموجودة في الرسالة[3]

من أجل تحقيق المزيد من الأمان في عملية التوقيع الإلكتروني، والتحقق من صحته إلى جانب المفتاح العام والخاص، يستخدم الموقع عملية أخرى تسمى "بدالة البعثرة hash function" لمعرفة ما إذا قد حدث تغيير للرسالة أثناء إرسالها أم لا، وهي عملية رياضية مبنية على خوارزمية تنشئ صورة رقمية للرسالة أو شكلا مضغوطا من الرسالة، والمعبر عنهما بعبارة خلاصة رسالة"message digest" أو

---

[1] مبروك حدة، المرجع السابق، ص48.

[2] باطلي غنية، المرجع السابق، ص132.

[3] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 36.

"بصمة رسالة "message fingerprint"، تتخذ شكل "قيمة بعثرة hash value" أو "نتيجة بعثرة hash result" ذات طول موحد يكون في العادة أصغر من المحرر[1]

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى جهود المشرع الجزائري في مسايرة التطورات التكنولوجية بغية تحقيق الأمن والسرية للبيانات التي تتضمنه العقود الالكترونية، حيث استحدث المشرع بموجب القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، جهات للتصديق الالكتروني والتي تعمل على التحقق من التوقيع الالكتروني، وحتى أنها تتحقق من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الالكتروني، التي تطلبها بغية القيام بالتحقق من البيانات الموقعة، رغم أنها هي من تصدر وتمنح هذه الشهادة الالكترونية للموقع دون سواه من أجل استعمالها في الحدود التي ينص عليها القانون، وهي بمثابة دليل على صحة التوقيع الالكتروني، حيث سنتطرق إليها ضمن المبحث الثاني المعنون ب تحديث الرسمية في تحرير العقود الشكلية الإلكترونية، إضافة إلى التوثيق الالكتروني.

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص250.

المبحث الثاني: مدى تكريس الرسمية في تحرير العقود الشكلية الإلكترونية

مع الثورة المعلوماتية التي نشهدها، برزت مرحلة جديدة يطلق عليها مرحلة التكنولوجيا الرقمية (Digital Technology) أو التكنولوجيا متعددة الوسائط (Mattimetis Technolog) من ملامحها طبع المعلومات وتخزينها على اسطوانات مدمجة أو أقراص ليتم قراءتها عن طريق أجهزة الكمبيوتر، ومع تضخم الوثائق وتزايد أعدادها وتداخل المواضيع، فإن الحاجة أصبحت ملحة للاستفادة من تقنيات الحاسب الآلي الحديثة في مجال التوثيق، والذي مر بعدة مراحل بداية من التوثيق الحجري إلى التوثيق العلمي ثم الضوئي فالآلي أو الالكتروني، فقد ظهر مصطلح جديد في مجال التوثيق ألا وهو مجتمع بلا ورق (Paperless Society) والذي يعتمد بشكل يكاد يكون كلياً على الوسائل الالكترونية في مجال التوثيق[1].

وبالتالي ينتج عن تغيير طبيعة التوثيق من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكترونية، إلى تغيير في طبيعة المحرر الرسمي التقليدي إلى المحرر الرسمي الإلكتروني، والذي يتمثل في الكتابة الإلكترونية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر إلكتروني بناء على ما تم على يديه أو وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، ويعد كذلك بالمحرر الذي يتم تبادل البيانات والمعلومات عبر وسيط إلكتروني، والذي يتدخل موظف عام إلكترونيا للتوقيع على المحرر وتوثيقه بطريقة إلكترونية، وبناء عليه يصبح محررا إلكترونيا رسميا متمتعا بالحجية القانونية؛ مساواة بالمحرر الرسمي التقليدي"[2]

إذن الكتابة الرسمية الالكترونية هي تلك الكتابة التي يثبت فيها موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة بوسيلة الكترونية ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، وقد نص المشرع الفرنسي في نص المادة 1367 من القانون

---

[1]أيمن أحمد الدلوع، التنظيم القانوني للتوثيق الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص21.

[2]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص159.

المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 131-2016، (المادة 1316 سابقا)، أن اقتران المحرر بتوقيع الكتروني لموظف عام يضفي الصبغة الرسمية على المحرر[1]

وما تجب الإشارة إليه هنا أنه هناك من الفقه القانوني من يميز بين نوعين من المحرر الرسمي الإلكتروني، أولا محرر رسمي إلكتروني قائم على دعامة إلكترونية، وهو أول ما ينصرف إليه معنى المحرر الرسمي الإلكتروني، وهو ما يثير العلاقة بين المحرر الرسمي الإلكتروني وشروط المحرر الرسمي الورقي وقوته في الإثبات، وهذا ما قصدته جل التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية كالتشريع الفرنسي وتشريع الأمم المتحدة والتشريع الاماراتي وغيرها من التشريعات، إذ أنها اكتفت بمسألة التنظيم فقط، أي نقل وكتابة المعلومات والبيانات على أجهزة الحاسب الآلي، وثانيا محرر رسمي إلكتروني بالمعنى الدقيق، أي المحرر الذي يتم عبر الإنترنت ويبرم بين أطراف لا يتواجدون في نفس المكان، وبالتالي يتخلف شرط الحضور الشخصي أو الجسدي للأطراف، وهذا النوع الأخير من المحرر الرسمي الإلكتروني لم تنص عليه كل التشريعات، والعلة في ذلك أن مسألة توثيق المحررات الرسمية الإلكترونية تحتاج إلى بنية تحتية رقمية وإمكانات مالية هائلة، علاوة على تأطير فني للكوادر البشرية في مجال التوثيق والمعلوماتية[2]

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول التوثيق الإلكتروني، المطلب الثاني التصديق الإلكتروني.

---

[1]سكيل رقية، "الإثبات بالكتابة الالكترونية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 04، 2021، ص253

[2]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص160.

المطلب الأول: التوثيق الإلكتروني

إن كلمة التوثيق (Documentation) هي كلمة فرنسية الأصل دخلت اللغة الانجليزية بمعان متعددة على مر التاريخ، والرأي الراجح أن أول من استخدمها هما العالمان أوتليت ولافونتين (Otlet et Lafontaune) عندما وضعا خططهما في أواخر القرن التاسع عشر إصدار الببلوجرافيا العالمية، وقد استعانا بفهارس المكتبات التقليدية واستخدما التصنيف العشري لديوي كأساس للتصنيف، وحتى يميزا عملهما عما يقوم به أمناء المكتبات أطلقا على نشاطهما توثيقا، أما بالنسبة لمعجم المصطلحات العربية فقد عرف التوثيق بأنه اختيار المعلومات الخاصة بموضوع من الموضوعات وتصنيفها وتحقيقها ونشرها، وهذا من أهم أنشطة دور الكتب والوثائق، كما عرف التوثيق بأنه مجموعة الوثائق المتضمنة لمواد مرجعية، يتم تجميعها لأغراض محددة، أو أنه العمليات الفنية التي تشمل على جمع وحصر وتنظيم وتحليل ونشر وترجمة الوثائق وتقديم المعلومات إلى المستفيدين[1].

كما أن التوثيق في معناه العام يعنى التصديق والتأكيد، ومجاله الطبيعي هو التصرفات القانونية في شكلها التقليدي أي المستندات الورقية، فالمحرر الذي يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه، مراعيا في ذلك الأوضاع التي يتطلبها القانون لإبرامه، فهو تصرف موثق؛ وهذا التوثيق هو الذي يضفي عليه الصفة الرسمية ويكسبه الحجية التي نص عليها القانون[2].

أما العالم موريتمر تاوبه (Taube) فقد عرف التوثيق بأنه "مجموعة العمليات التي يشمل عليها توصيل المعلومات المتخصصة، والمتضمنة لمجموعة العمليات التي تكون العمل المكتبي المتخصص إلى جانب العمليات المبدئية"، وكذلك العالمان جيمس ماك (Jams Mack) وروبرت تايلور(Robert

---

[1] أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص22.

[2] شادي رمضان إبراهيم، "التوثيق الإلكتروني لعقود التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 05، العدد 10، 2021، ص23.

Taylor)، اللذان عرفا التوثيق بأنه "مجموعة من العمليات اللازمة لتجميع وتنظيم وتوصيل المعرفة المتخصصة وذلك لغرض توفير أقصى استخدام ممكن المعلومات التي تشمل عليها"، وكذلك العالم براد فورد (Brad Ford) الذي يرى أن التوثيق هو "عملية جمع سجلات المعرفة والمعلومات الحديثة وتيسير استعمالها لمن يحتاجها من الباحثين والمخترعين"[1]

وقد عرف الفقه الفرنسي التوثيق بأنه " إجراء بمقتضاه يقدم طرف ثالث ضمانا بأن (مستند) أو منتج أو برنامج معين أو خدمة أو مؤسسة أو هيئة معينة يتوافق مع ضوابط ومعايير واشتراطات خاصة " وإذا كان التوثيق بهذا المعنى العام فإن التوثيق في المجال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات يعنى بشكل أخص ضمان " سلامة وتأمين " التعامل عبر الانترنت سواء من حيث أطرافه ومضمونه ومحله، وتاريخه، لذلك فهو أهم الشروط الواجب توافرها لقيام المحرر الإلكتروني ولإعطائه الحجية الواجبة في الإثبات فاذا كان المحرر التقليدي يقوم على دعامتين اثنين هما الكتابة والتوقيع، فان مقومات المحرر الإلكتروني هي الكتابة والتوقيع، والتوثيق، والحفظ والقدرة على الاسترجاع بالحالة التي نشأ عليها[2]

وقد كان لنظام التوثيق الإلكتروني المجاني المطور من قبل منظمة اليونسكو من قبل مركز التوثيق والمعلومات في الأمانة العامة بجامعة الدول العربية والمعروف بإسم (Cds / Isis)، دور هام في تطور نظام التوثيق، ذلك لقدرة هذا النظام الفائقة على استيعاب عدد كبير جداً من التسجيلات قد تصل الى 16 مليون تسجيله في كل قاعدة بيانات، كما أن سهولة استخدامه وملائمته لمختلف أنواع الحواسيب ومرونته وسرعته في استرجاع المعلومات؛ جعلت منه نظاماً واسع الانتشار والاستخدام في المكتبات ومراكز الوثائق والمعلومات[3]

---

[1]أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص23.

[2]شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص23.

[3]عبير مخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، القانون الخاص قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، آيار 2009، ص12.

يعنى التوثيق الإلكتروني خلق " بيئة إلكترونية آمنة " للتعامل عبر الانترنت ولما كانت المشاكل في التعامل الإلكتروني تكمن في أنه يتم بين طرفين لا يعرف كلا منهما الآخر، وعبر وسط مفتوح وغير أمن، وعن طريق التجول في متجر افتراضي قوامه الأشكال، والصور، وبطريقة ينعدم فيها أي دليل مادي على حقيقته يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه، ولتحقيق هذا الهدف فقد استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد موثوق به يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب اليه[1]

ومن منطلق أن الأمان والسرية تأتي في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها في التعاملات الالكترونية، لدعم الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصة وأن معظم المعاملات الإلكترونية تتم بين أشخاص لا يلتقون ولا يعرفون بعضهم البعض، فإن عدم توافر الضمانات الكافية لهؤلاء الأشخاص يجعل من الصعب إقبالهم على إبرام العقود وإتمام الصفقات بالطرق الإلكترونية، ولا تتوافر هذه الضمانات إلا بوجود طرف ثالث محايد يضمن صحة المعاملات ويحافظ على سريتها، من هنا كان الالتزام بالحفاظ على السرية من جانب جهات التوثيق الالكتروني من أخطر الالتزامات الملقاة على عاتقها، وأكثر الالتزامات التي قد تقوم عليها مسؤولية جهات التوثيق تجاه صاحب الشهادة الإلكترونية[2].

بالنظر إلى أن العقود الرسمية تصدر عن موظف عمومي الذي يكون مختصا ماديا وإقليميا بتحريره، ويكتسي طابع الدليل الكتابي المطلق الذي لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، فإن هذا ما تم نقله إلى البيئة الإلكترونية[3]

وعليه يقتضي التوثيق الرسمي الالكتروني في كثير من الأحيان تدخل أكثر من موظف عمومي أثناء الانشاء، مع ضرورة الحاقهم عليه لتوقيعاتهم الالكترونية المؤمنة المفترض موثوقيتها "الموصوف" بنص

---

[1]شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

[2]لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص117.

[3]وليد علي محمد على، المرجع السابق، ص 116.

القانون، بحيث تتمتع بقرينة الموثوقية إلى غاية اثبات العكس، ذلك كونها تستجيب لشروط ومتطلبات فنية محددة في غاية من التعقيد لضمان أمنها وموثوقيتها، بالإضافة إلى وجود النظام التقني المؤمن الذي يربط عمل الموثقين الالكترونيين ويضمن سرية وسلامة المعلومات الموثقة والمرسلة بداخله، وهو ما يترتب عليه ضرورة ترجيح التوثيق الرسمي الالكتروني على التوثيق الرسمي الورقي في حالة تعارضهما، خاصة إذا ما كان التوثيق الرسمي الالكتروني تضمن بالإضافة إلى التوقيعات الالكترونية المؤمنة المفترض موثوقيتها للموثقين العمومين الالكترونيين، كذلك توقيعات الكترونية مؤمنة ومفترضة موثوقيتها لأطرافها ولذوي الشأن إن وجدوا[1].

الفرع الأول: طبيعة الموثق الإلكتروني

إن مهنة الموثق الإلكتروني تتشابه كثيرا في بعض وظائفها مع مهنة الموثق المعروفة في فرنسا ومصر والعديد من الدول؛ على اعتبار أن كلا منهما يعد شاهدًا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الأطراف، حيث يلجأ إليه هؤلاء بغرض تأمين معاملاتهم ومنحها الثقة الواجبة حتى تكون صالحة لإثبات ما تتضمنه من تصرفات قانونية، ولهذا السبب يُطلق عليهم وكلاء الإثبات، هذا وإذا كان للتوثيق دور بالنسبة للكتابة المثبتة على دعامة ورقية يتمثل في مجرد تقوية حجيتها وقيمتها القانونية ليس إلا، فإن التوثيق بالنسبة للمحررات الإلكترونية هو الذي ينشئ هذه الحجية من الأساس، وعلى ذلك فلا تصبح التسوية التامة والمطلقة بين وظيفة ودور التوثيق التقليدي الذي يقوم به موظف عام مختص؛ وبين التوثيق الإلكتروني الذي يتم في عالم افتراضي وتقوم به جهات خاصة[2]

---

[1]باهة فاطمة، "التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة"، مجلة التعمير والبناء، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 174.

[2]شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص28.

حيث أن توقيع الموثق على المحرر هو الذي يمنح الصفة الرسمية للعقد الرسمي، فأساس القوة الثبوتية للعقد الرسمي صدوره من موظف عام يمثل الدولة للقيام بعمل من أعمالها في الحدود والأوضاع القانونية والإجراءات المحددة قانونا سواء بمقابل كالموثق أو من دون مقابل"، فيكفي أن يحرره الموظف الرسمي بإسمه ويوقع عليه بإمضائه، ومن التشريعات التي نظمت العقد الرسمي الالكتروني القانون الفرنسي، القانون البحريني، التي تؤكد على أن توقيع الموثق يبقى دائما ضروريا لمنح الصفة الرسمية للعقد الالكتروني[1]

بالنسبة للمشرع الفرنسي تصدى للتوثيق الالكتروني من خلال المرسوم الصادر عن مجلس الدولة رقم 2005-973 لسنة 2005، والمتعلق بأعمال الموثقين ودخل حيز التنفيذ 12 فبراير 2006، حيث شجع فيه الموثق على مسايرة التقنيات الجديدة، بحيث يمكنه تحرير العقود على دعامات الكترونية وتوقيعها الكترونيا، أما توقيعات الأطراف والشهود فتكون يدوية ثم ينقلها بعد ذلك عن طريق الماسح الضوئي[2]

فالمشرع الفرنسي يشترط أن يكون التوقيع أصليا وليس عبارة عن نسخة محفوظة منه كما هو بالنسبة للشهود، لأجل ذلك؛ فإن الموثق سيعتمد نظام معالجة الكتروني للمعلومات معتمد من الجهات المختصة، المجلس الأعلى للموثقين، يضمن سلامة وسرية مضمون المحرر، مع إمكانية تبادل المعلومات بين الأنظمة المختلفة للموثقين المنتشرة، اعتمادا على شبكة الانترنت، وسيكون توقيعه ذا طبيعة الكترونية إلزاميا لأن المحرر الكتروني، ويخضع بذلك لشروط التوقيع الموثوق فيه لضمان سلامة وصحة المحرر، وقصد التأكد من صحة التوقيع سيعتمد على شهادة التصديق الالكتروني، كل ذلك حتى يصبح للمحرر الالكتروني القوة الثبوتية كالمحرر الرسمي الورقي؛ متى احترمت باقي الشروط المحددة قانونا[3].

---

[1] كريمة كريم، المرجع السابق، ص231- 232.

[2] حسان سعاد، المرجع السابق، ص 107.

[3] كريمة كريم، المرجع السابق، ص232.

الفرع الثاني: إجراءات التوثيق الإلكتروني

لقد ميز المشرع الفرنسي بموجب المادة 16 من المرسوم رقم 2005-973 المؤرخ في 10 أوت 2005 المتعلق بالعقود المحررة من طرف الموثق، بين نوعي للعقد التوثيقي الإلكتروني، أولا إنشاء العقد التوثيقي الإلكتروني في حضور جميع الأطراف هذه الحالة لا تشكل أي صعوبة، فيحق للأطراف اختيار الدعامة التي تتم فوقها الكتابة، سواء كانت ورقية أو الكترونية وذلك تطبيقا لمبدأ التكافؤ الوظيفي، ثانيا إنشاء العقد التوثيقي الإلكتروني في غياب طرف أو أكثر إن حضور موثق واحد غير كافي في حالة التعاقد عن بعد، حيث يقتضي الوضع حضور موثق ثاني لإنشاء عقد توثيقي إلكتروني، الذي بإمكانه التأكد من هوية الأطراف ورضاهم بالمعاينة[1].

فنص المادة 16 من المرسوم رقم 2005-973 المؤرخ في 10 أوت 2005 المتعلق بالعقود المحررة من طرف الموثق، والذي دخل حيز النفاذ في 1 فيفري 2006[2]، والتي تتضمن على أول أمر نص عليه المرسوم فيها هو ضرورة أن يقوم الموثق بإنشاء نظام المعالجة ونقل البيانات، هذا النظام يجب أن يتوافر فيه ثلاثة شروط، أولا أن يتم اعتماده من المجلس الأعلى للموثقين، ثانيا يتضمن سلامة وسرية محتويات المحررات التي يتم نقلها عبره، ثالثا أن يكون متصلا مع الأنظمة الأخرى التي يتم إنشاؤها من قبل الموثقين الآخرين في فرنسا[3]

وما ننوه إليه هنا أن الموثقين في فرنسا قاموا بإنشاء شبكة داخلية بينهم تسمى ب REAL بهدف تداول أي وثائق أو محررات بينهم داخل هذه الشبكة، وهذه الأخيرة التي ساعد وجودها المشرع الفرنسي على إصدار المرسوم رقم 973 لسنة 2005[4].

[1]ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص880.

[2]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص168.

[3]ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص883.

[4]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص168.

كما أن تبادل المعلومات والبيانات مع مكتب التوثيق المختص بتحرير العقد يتم عن طريق شبكة نقل المعلومات المذكورة في المادة 16 من نفس المرسوم، والتي تكون متوافقة مع باقي شبكات الموثقين وكذا مع المؤسسات المعنية الواجب ارسال لها العقود، وبعد تأكد كل من الموثقين من رضا وتوقيع الأطراف يضعون توقيعهم الخاص بهم، غير أنه لا يعتبر العقد كاملا إلا بعد التوقيع الالكتروني المؤمن للموثق المختص[1].

اشترط المشرع الفرنسي أن تكون الأنظمة المعلوماتية المستعملة من طرف الموثق معتمدة من الهيئة المختصة، أي المجلس الأعلى للتوثيق CSN ولابد من استعمال توقيع إلكتروني مؤمن[2].

حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 20 من المرسوم 2005-973 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين، على إمكانية إنشاء المحرر في غياب أحد المتعاقدين أو أكثر، وذلك عن طريق تدخل أكثر من موثق في عملية إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني، حيث يكون هناك موثق منشئ للعقد، ويسمى بالموثق الرئيسي، وموثق آخر حاضر ومشارك في عملية إنشاء المحرر، فيقوم هذا الأخير بتلقي رضا المتعاقدين الحاضرين أمامه، ثم يقوم بعد ذلك بإرسال الوثائق إلى الموثق الرئيسي عبر نظام نقل المعلومات المشار إليه في المادة 16 من ذات المرسوم، ليقوم بعد ذلك الموثقين بجمع موافقة وتوقيع كل طرف أو أي شخص مشارك في العقد، وبعد ذلك يقومون بوضع توقيعاتهم الإلكترونية، ويعد العقد قد تم توثيقه بمجرد أن يضع الموثق توقيعه الإلكتروني المؤمن[3]

لقد وضع المرسوم رقم 973/2005 الخاص بالمحررات الموثقة؛ إنشاء وحفظ هذه المحررات التي يمكن أن تنشأ على دعامة الكترونية بمقتضى المادة 1317 من القانون المدني المتعلقة بالمحررات الرسمية، ولا تجد مثل هذا النص في القانون المدني الجزائري، وقد ساعد على إصدار هذا النص وجود شبكة خاصة

---

[1] رحمة تريش، "العقد التوثيقي الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، 2021، ص1006.

[2] ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص881.

[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص167

بالموثقين REAL، وذلك حتى يتم تداول الوثائق داخل هذه الشبكة، وتتم عملية التوثيق من طرف أكثر من موثق، بعد أن يوقع الأطراف على المحرر بصفة رقمية عن طريق نقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي، أو عن طريق القلم الالكتروني، حيث يقوم الموثق بالتوقيع الكترونيا على المحرر عن طريق الشريحة الالكترونية REAL التي تعتبر إجراء للتوقيع الرقمي الآمن، والذي وضعه المجلس الأعلى للموثقين، ويخص التوقيع من طرف الموثقين على المحررات الرسمية الالكترونية ونسخها[1].

كذلك يوضح المرسوم رقم 2005-973 المؤرخ في 10 أوت 2005 المتعلق بالعقود المحررة من طرف الموثق، في المادة 20 عن طريق تدخل أكثر من موثق في عملية إعداد عقد توثيقي إلكتروني، فيكون هناك موثق محرر للعقد وآخر حاضر ومشارك في إنشاء العقد، حيث يقوم هذا الأخير بتلقي رضا ذوي الشأن غير الحاضرين أمام الموثق المحرر للعقد، ثم يرسل الوثائق إلى الموثق الرئيسي، عن طريق استخدام نظام لإرسال المعلومات يكون معتمدا، كما أنه في غالب الأحيان يتم تبادل المعطيات في فرنسا بين الموثقين عبر شبكة الانترنت تسمى Planet، التي تسمح لهم بتسيير أكثر من 9000 عنوان للموثقين وكذا مساعديهم، كما تساهم أيضا في تبادل قرابة مليون رسالة في الشهر[2]

من الواضح أن اعتماد النظام المعلوماتي من قبل الموثق والمعتمد من المجلس الأعلى للموثقين، يضمن الثقة والأمان، ويتم من خلاله تبادل المعلومات اللازمة، لاسيما أن مسألة الحضور المادي للموثق خلال مدة إنشاء العقد التوثيقي الإلكتروني مسألة ضرورية، وإن لم يحضر أطراف العقد أمام الموثق مادام سيكون حضورهم أمام موثق أخر يستعمل النظام الذي يستعمله الموثق الأول محرر العقد التوثيقي الإلكتروني طبقا للمادة 20 من المرسوم نفسه[3].

---

[1] سكيل رقية، المرجع السابق، ص253.

[2] ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص880.

[3] نفس المرجع، ص881

إلى جانب المادة 20 من المرسوم -973-2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين فقد بينت المادة 17 من ذات المرسوم، والمعدلة بالمرسوم رقم 2017-1416 الصادر بتاريخ 28/09/2017 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، إجراءات إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني، إذ جاء فيها" يجب أن يوقع المحرر بواسطة الموثق بواسطة التوقيع الإلكتروني الأمن، وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المرسوم 2017-1416 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، وهذا التوقيع يجب أن يوضع بواسطة الموثق عند إنشاء المحرر وعند الحاجة بعد ضم المرفقات إلى المحرر، أما الأطراف والشهود فمن أجل توقيعهم على المحرر، يجب أن يستخدموا وسيلة تسمح بأن توضع على المحرر الموثق، على أن تكون صورة توقيعهم اليدوي مرئية على الشاشة، وعندما يتطلب أن يتضمن المحرر بيانا مكتوبا بخط اليد لأحد الأطراف المشاركين في إنشائه، فإنه يجب على الموثق أن يبين أن هذا البيان قد وضع وفقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1174 من التقنين المدني الفرنسي[1]

واستنادا لما جاء في صلب المادة المنوه عنها أعلاه فإن المشرع الفرنسي قد ألزم الموثق أثناء تحريره للمحرر أن يكون توقيعه بواسطة التوقيع الإلكتروني المؤمن، لأن هذا الأخير الذي يضفي صفة الرسمية على المقرر الرسمي المنشأ على دعامة إلكترونية[2]

وعليه يرى بعض الفقه القانوني أن الحل الذي أورده المشرع الفرنسي من خلال المرسوم 973-2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين، يساعد على إعداد محرر رسمي إلكتروني دون الحضور الجسدي للموظفين العموميين وأصحاب الشأن أثناء تحرير المحرر، أي إمكانية إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني عن بعد، إلا أن إنشاؤه عن بعد لا يؤثر على طبيعة الرسمية التي يحملها المحرر،

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص169.

[2] نفس المرجع، ص 169.

حيث تظل في إطار وحدة مفهوم الرسمية وليس أمام تعدد الرسميات، وهذا لا يعني أننا أمام ثورة أو انقلاب لفكرة الرسمية، ولكن أمام تطور حذر في عالم التقنيات والتكنولوجيات الجديدة لفكرة الرسمية[1]

إن حل معضلة اجراءات التوثيق الالكتروني تتطلب إيجاد حلول تقنية كوسائل التعريف الشخصية عبر كلمات السر والأرقام السرية، أو وسيلة التشفير عبر ما عرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقة العين أو غيرها، وهي وسائل الهدف منها ضمان تأكيد الاتصال واثبات صحة صدور المعلومة عن النظام التقني الصادرة عنه، لكن لكل منها ثغراته الأمنية وتعد بالعموم غير كافية، وهذا ما استتبع اللجوء لفكرة الشخص الوسيط في العلاقة، وهو جهة تؤكد صحة التعامل على الخط، لذلك كان من المهم إدخال طرف ثالث موثوق فيه في عملية التوقيع الالكتروني بغرض التعرف والتأكد من شخصية كلا من المتعاقدين، هذا الطرف الثالث هو "جهة التوثيق" أو "Certification Authority" والتي تصدر شهادات للتعرف على شخصية الموقع[2]

كما عرف الوسيط حسب القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م في نص المادة 2 هـ:" على أنه يراد "مصطلح "الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى، فيما يتعلق "برسالة البيانات" يلاحظ على نص هذه المادة أن القانون النموذجي لم يعرف الوسيط بوصفه فئة عامة، وإنما عرفه فيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية، وهذا معناه أن نفس الشخص يمكن أن يكون طرفا في محرر إلكتروني كمنشئ أو مرسل إليه، ووسيطا فيما يتعلق بمحرر إلكتروني آخر [3]

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص168.

[2] أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص28.

[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص158.

ولذا فيمكن القول بأن التوثيق هو سر وجود المحرر الإلكتروني من الناحية القانونية أو هو بالأحرى مكون أساسي من مكونات القيمة القانونية للكتابة الإلكترونية، فبدون تقنيات التوثيق الإلكتروني تفقد الكتابة الإلكترونية أي دور قانوني لها، والدليل المبدئي على ذلك أن الحديث عن حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وعمليات الحفظ والوفاء الإلكتروني لم يبدأ، ولم يكن له أن يبدأ؛ إلا بعد ظهور ما يسمى بتقنيات التوثيق الإلكتروني[1].

فأمام إطلاق المشرع لنطاق اعتماد المحررات في الشكل الإلكتروني وقبولها كدليل كتابي في الإثبات، وعدم ورود أي استثناءات عكس بعض القوانين من جهة، ومن جهة أخرى عدم معرفة قانون التوثيق الجزائري حتى بموجب آخر تعديل لما يسمى بالموثق الالكتروني Notaire– électronique [2].

وغالبية التشريعات لم تنص على توثيق المحرر الإلكتروني، لأن الأمر يتطلب وجود شبكة داخلية بين الموثقين، وتأهيلهم لإنشاء المحرر الإلكتروني وحفظه في السجل المركزي لضمان سلامته، وبالتالي فالمحرر الإلكتروني هو محرر غير رسمي نظراً لأنه لم يصدر من موظف رسمي فهو محرر عرفي[3]

وفي هذا الصدد نتوقف من أجل التنويه إلى أن في دراستنا للتوثيق الالكتروني لم نجد ولا نص قانوني يتضمن مسألة التوثيق الالكتروني في التشريع الجزائري، مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي نظمها قانونيا وحتى عمليا، حيث كان أو عقد توثيقي إلكتروني في سنة 2008 بمناسبة حفل نظمه المجلس الأعلى للتوثيق في باريس، وبالنظر إلى التشريع الجزائري يوجد قانون وحيد ينظم مهنة التوثيق في إطار تحرير العقود الرسمية التقليدية، أما بالنسبة للعقود الرسمية الالكترونية لا يوجد قانون ينظم التوثيق الالكتروني، وهذا ما يترجم عزوف المشرع الجزائري عن إصدار قانون ينظم الكتابة الرسمية الإلكترونية، لأن هذا أكيد يتطلب معه تغيير للمفاهيم الكلاسيكية للتوثيق التقليدي، ويستدعي استحداث أحكام جديدة للتوثيق الالكتروني، وهذا كون

---

[1] شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص28

[2] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 330.

[3] حسان سعاد، المرجع السابق، ص 108.

أن الكتابة الرسمية تتعلق بالدرجة الأولى بالموثق، لأن هذا الأخير هو سبب نشأتها، فمثلما ترتبط الكتابة العرفية بالتوقيع، ترتبط كذلك الكتابة الرسمية بالتوثيق، هذا ما جعل المشرع الجزائري يتفادى إصدار قانون خاص بتنظيم الكتابة الرسمية الالكترونية حتى لا يفتح أمامه المجال في إعادة تحديث القواعد التي تنظم مهنة التوثيق، حيث أكد موقفه هذا عند إصداره لقانون التجارة الالكترونية والذي منع من خلاله ابرام العقود الرسمية بالشكل الالكتروني، وهذا ما سيتم دراسته بالتفصيل في هذا الباب.

المطلب الثاني: التصديق الإلكتروني

اختلف الفقه والقانون المقارن في الاصطلاح الذي يطلق على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وماهيته، حيث يستخدم جانب من الفقه "سلطة الإشهار"، ويعرفها على أنها هيئة عامة أو خاصة تسعى إلى ملئ الحاجة الملحة لوجود طرف ثالث موثوق، يقدم خدمات أمنية في العقود الإلكترونية وعقود التجارة الإلكترونية[1]

كما عرفت أيضا جهة التصديق على التوقيع الإلكتروني بأنها الهيئة التي تعمل على إصدار شهادات تثبت صحة حقيقة معينة متعلقة بموضوع التبادل الإلكتروني، كتأكيد نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين، وتأكيد نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه، وجهات التصديق الإلكتروني هي شركات أو أفراد أو جهات مستقلة ومحايدة؛ تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الالكترونية فتعد طرفا ثالثا محايدا[2]

تؤدي جهة التوثيق دوراً وسطاً، أو همزة وصل بين المرسل والمرسل إليه، فكل طرف من أطراف المعاملة الإلكترونية يحتاج إلى شخص محل ثقة يؤكد هوية المتعاقد معه، وصحة توقيعه الإلكتروني

---

[1] ديلمي جمال، اقلولي محمد، المرجع السابق، ص1427.

[2] آلاء أحمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الالكتروني، رسالة ماجستير، في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2013، ص12.

وسلامة المعاملة ومشروعيتها، وبعدها عن الغش والاحتيال، يطلق على هذه الجهة مسميات مختلفة مثل سلطة الإشهار ومقدم خدمة التصديق[1]

إن وظيفة جهات التوثيق الإلكتروني لا تقتصر على إصدار شهادات التوثيق لتحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وأهليتهم القانونية للتعامل والتعاقد عن طريق التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته، وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال، وإنما هناك عدة وظائف يمكن أن تؤديها جهات التوثيق؛ هي التحقق من صحة التواقيع الإلكترونية ونسبتها إلى أصحابها، إصدار تواقيع رقمية عن طريق إصدار المفاتيح الإلكترونية سواء المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير الرسائل والتواقيع الإلكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بمقتضاه فك التشفير مع الاحتفاظ بنسخة عن المفتاح العام دون الخاص الذي يبقى في حوزة صاحبه ولا يحق لأحد الاطلاع عليه[2]

إذن إجراءات التوثيق هي التي يتم تحديدها من قبل الأطراف، بهدف التحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من قبل شخص معين، وذلك باستخدام مختلف الوسائل بما فيها وسائل التحليل على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير، وأي وسيلة تحقق أمان التوقيع، كما أن إصدار أي محرر إلكتروني مهما كان لا بد من القيام بتوثيقه لدى جهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة، تتولى إعطاء شهادات مصادقة؛ وذلك بعد تأكدها من مطابقة التوقيع الإلكتروني وصحته، وبمنح هذه الشهادة يصبح للتوقيع الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير من لحظة ثبوت تاريخ التوثيق، بعد إتمام إجراءات التوثيق يتم منح صاحب المحرر الإلكتروني رمز التعريف الشخصي الخاص بهذا المحرر من طرف نفس الهيئة الموثقة، ويستفاد من هذا الرمز بإمكانية التمييز المحرر عن غيره، ويتم استخدامه من قبل الشخص المرسل إليه[3]

---

[1] علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية "التراضي– التعبير عن الإرادة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص175.

[2] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص47.

[3] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 330.

كل هذه الإجراءات من أجل تعزيز الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه، ولتحقيق ذلك يستلزم وجود طرف ثالث محايد موثوق به، حيث تتفق التشريعات الدولية على أن يكون الطرف المقدّم لخدمات التصديق محايدا وخارجا عن العلاقة التعاقدية بين الأطراف، وتعد سلطة التصديق الإلكتروني مسؤولة عن الصلة والعلاقة الترابطية بين الشخص الموقع والمفتاح العمومي الخاص بالمعاملة الإلكترونية، ويتمثل دورها في التحقق من دقة المعلومات الواردة في الشهادة الالكترونية التي تصدرها، والتأكد من صحة الوثيقة اتجاه شخص آخر، ومنه يمكن لسلطات التصديق بعد عملية التحقق إصدار الشهادات الإلكترونية[1]

وعليه سلطات التصديق هي حجر الزاوية في العقود الإلكترونية، من خلال التصديق على صحة المعلومات المنقولة بواسطة وسيط محوسب، من المؤكد أن استخدام جهات التصديق الخارجية هذه مفيد للتجارة الإلكترونية، لأنه يجعل من الممكن تأمين المعاملات[2]، جهة التوثيق أو مقدم خدمات التصديق ويرمز له باختصار PSC هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية[3]، حيث لا تقتصر مهامهم في المصادقة على المعاملات الالكترونية، وإنما تتعداها إلى التمعن في مطابقة المعلومات لحقيقة حاملها، كبيانات مصداقية الموقع Web site، والشخص الموقع Signataire (الطرف المتعاقد)، وبيان صلاحية كل واحد منهما، يضاف إلى ذلك تسليم شهادات إلكترونية (شهادات محمية، أو شهادات مستخدم؛ تكون هي بطاقة هويتهما)[4]

---

[1] ديلمي جمال، اقلولي محمد، "خدمة التصديق كألية لتوثيق المعاملات الإلكترونية"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021، ص1426.

[2] Marc Lacoursière, "La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impact des autorités de certification", Les Cahiers de droit, Volume 42, numéro 4, 2001, P961.

[3] فطيمة الزهراء مصدق، "التصديق الإلكتروني كوسيلة حماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص38.

[4] وليد علي محمد على، المرجع السابق، ص 51.

للتصديق الإلكتروني أهمية كبيرة في المجال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات، حيث إنه يعمل على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل عبر الإنترنت، فالثقة والأمان ضروريان لأطراف المعاملات الإلكترونية، وذلك نظراً لما تتسم به هذه المعاملات من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف العلاقة، ولكي تتوفر هذه الثقة لدى أطراف المعاملة فإن الأمر يستلزم وجود طرف ثالث محايد وظيفته توثيق العلاقات التي تتم بين الأشخاص الذين يعتمدون على الوسائط الإلكترونية، خاصة شبكة الإنترنت لإبرام عقودهم، وهذا الطرف هو مزود خدمات التصديق الإلكتروني[1]، الذي يقوم بدور الوسيط المؤتمن بين المتعاملين في التعاملات الالكترونية، فيؤكد هوية الأطراف ويحدد أهليتهم للتعامل، كما يضمن سلامة محتوى البيانات المتداولة عبر الشبكة ويصدر شهادات الكترونية معتمدة[2]

فإن بث الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر شبكة الأنترنت مرتبط بوجود هذا الطرف، وذلك لتأكيد صدور الإرادة التعاقدية ممن تنسب إليه والتأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن الغش والاحتيال، ولا يتوقف دوره عند هذا الحد، وإنما يزيد إلى قيامه بإصدار المفاتيح الالكترونية التي يتم بمقتضاها تشفير التعاملات الالكترونية، وإصدار التوقيع الرقمي وشهادة توثيق هذا التوقيع، وتقوم أيضا بمسك سجلات خاصة بالتواقيع الالكترونية تبين فيها ما هو قائم وما ألغي أو أبطل منها، وما تم ايقاف العمل به أو تعليقه[3].

انطلاقا لما تم التطرق إليه في هذا المطلب، وبالنظر إلى أهمية جهات التصديق ودورها في تعزيز الثقة والأمن في المعاملات الالكترونية، ارتأينا إلى التفصيل في هذه الجهات من خلال بيان أنواعها بناء على ماورد ذكره في القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين من جهة، ومن جهة أخرى

---

[1] محمد فائز خضور، "المسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني"، مجلة جامعة البعث، المجلد 43، العدد 13، 2021، ص 61.

[2] زهيرة كيسي، "النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 04، العدد 07، جوان 2012، ص 213.

[3] أمال بوبكر، سلطات التصديق الالكتروني، رسالة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق، جامعة سعيد حمدين، 2017-2018، ص154.

تحديد مفهوم الشهادة الالكترونية التي تصدرها هذه الجهات، والتعرف على دورها في مجال التعاقد الالكتروني، وكذا علاقتها بنوع التوقيع الالكتروني الموصوف، حيث نستعرض في الفرع الأول سلطات التصديق الإلكتروني، والفرع الثاني شهادة التصديق الإلكتروني.

الفرع الأول: سلطات التصديق الالكتروني

يكمن الهدف من التصديق الإلكتروني في توثيق التوقيع الالكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه كحجة في إثبات التصرفات القانونية، وقد وكلت مهمة التصديق إلى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وهو حسب المادة 1 من القانون 15-04 شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم بخدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني[1]

حدد القانون رقم 15-04 الشروط الواجب توافرها في مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، والتي يمكن تصنيفها إلى شروط إدارية تكمن أساسا في ضرورة الحصول على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، وشروط فنية تتجلى في ضرورة تمتعه بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو مسير الشخص المعنوي[2]

إختارت الجزائر مخططا هيكليا يضم سلطة وطنية للتصديق الإلكتروني وهيئتين تؤطران التصديق الإلكتروني للفرعين الحكومي والإقتصادي، مع العلم أن لكل سلطة دوراً ومسؤوليات خاصة، كما تخضع كل سلطة لتنظيم قانوني خاص تهدف من وراءه إلى التنظيم والسير الحسن لنشاط التصديق الإلكتروني، حيث تتفق التشريعات الدولية على أن يكون الطرف المؤدي لخدمات التصديق الإلكتروني محايدا وخارجا

---

[1] حميدة قوميري، "التزام مؤدي خدمات التصديق بحماية البيانات الشخصية بشأن التوقيع الرقمي القانون 15-04، والقانون 18-07"، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 01، 2021، ص 1230.

[2] دريس كمال فتحي، آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص164.

عن أطراف العلاقة التعاقدية بهدف منح مصداقية أكبر للمعاملات الإلكترونية وثقة وأمان للإقبال على هذا النوع من التعاملات[1]

أولا: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني

تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص "السلطة"، كما تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لسير السلطة ضمن ميزانية الدولة[2]

تكلف السلطة بترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما، وفي هذا الإطار، تتولى المهام الآتية:

1 – إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها بعد الحصول على الرأي الايجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة،

2 – الموافقة على سياسات التصديق الإلكتروني الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق

الإلكتروني،

3 – إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي،

4 – اقتراح مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو التصديق الإلكتروني على الوزير الأول،

---

[1] جمال ديلمي، آثار التصديق الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2023–2022، ص15.

[2] المادة 16 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 09.

5 – القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق.

تتم استشارة السلطة عند إعداد أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي ذي صلة بالتوقيع أو التصديق الإلكترونيين[1]

وتتشكل السلطة من مجلس و مصالح تقنية وإدارية، يتشكل مجلس السلطة من خمسة (5) أعضاء من بينهم الرئيس يعينهم رئيس الجمهورية على أساس كفاءاتهم، لا سيما في مجال العلوم التقنية المتعلقة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وفي مجال قانون تكنولوجيات الإعلام والاتصال، وفي اقتصاد تكنولوجيات الإعلام والاتصال، ويتمتع المجلس بجميع الصلاحيات اللازمة لأداء مهام السلطة، وبهذه الصفة يمكن المجلس أن يستعين بأي كفاءة من شأنها أن تساعده في أشغاله، وتحدد عهدة أعضاء مجلس السلطة بأربع (4) سنوات قابلة للتجديد مرة (1) واحدة[2]

كما تتنافى وظيفة عضو مجلس السلطة ومديرها العام مع أي وظيفة عمومية أخرى، أو وظيفة في القطاع الخاص، أو مهنة حرة أو أي عهدة انتخابية وكذا كل إشهار أو دعم، أو كل امتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في شركات تعمل في قطاع تكنولوجيات الإعلام والاتصال[3]

تقوم السلطة الوطنية بالاحتفاظ بشهادات التصديق الالكترونية المنتهية صلاحياتها والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة عند الاقتضاء

---

[1] المادة 18 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 09.

[2] المادة 19 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10.

[3] المادة 21 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10.

طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، فنتيجة تطور التقنيات الالكترونية وتحركها المستمر للوسائط الالكترونية اللازمة لقراءة السند الالكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة[1]

إذن القانون 15-04 استحدث سلطة وطنية للتصديق الإلكتروني، وهي سلطة إدارية مستقلة تنشأ لدى الوزير الأول، أسندت لها مهمة أساسية تتعلق بترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكتروني وتطويرها وضمان موثوقية استعمالها[2]

تكلف السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني بتحديد السياسة الوطنية للتصديق والتوقيع الإلكترونيين وتضطلع بمهمة ترقية استعمالها وتطويرهما، وكذا ضمان دقة وموثوقية استعمالها، وتتفرع إلى سلطتين السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني تابعة لوزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والإتصال والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني تابعة لسلطة ضبط البريد والمواصلات، وفي هذا الإطار تتولى القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، وتقوم السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني بمجموعة من الصلاحيات والاختصاصات الأخرى[3]

ثانيا: السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني

تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية[4]

---

[1]أمال بوبكر، سلطات التصديق الالكتروني، المرجع السابق، ص 148

[2]دريس كمال فتحي، "الرقابة المفروضة على مؤدي خدمات التصديق لبعث الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08 العدد 02 جوان 2022، ص396.

[3]جبايلي صبرينة، "النظام القانوني للسلطة الوطنية للتصديق الالكتروني"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 1، عدد 48، 2017، ص492.

[4]المادة 26 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10.

وتحدد طبيعة هذه السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم[1].

كما تكلف السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة، وكذلك توفير خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

وفي هذا الإطار، تتولى المهام الآتية :

1 – إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها،

2 – الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن الأطراف الثالثة الموثوقة والسهر على تطبيقها،

3 – الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق، بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة، عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها

4 – نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة،

5 – إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها، 6 – القيام بعملية التدقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، طبقا لسياسة التصديق[2]

[1] المادة 27 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10.

[2] المادة 28 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10

ثالثا: السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

تعين السلطة المكلّفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مفهوم القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني[1]

كما تكلف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بمتابعة ومراقبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور، وفي هذا الإطار تتولى المهام الآتية:

1-إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها،

2 -منح التراخيص لمؤديي خدمات التصديق الإلكتروني بعد موافقة السلطة،

3-الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها

4-الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من طرف مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها

5-نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة،

6-اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن تقديم خدماته،

7-إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها،

---

[1]المادة 29 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 10

8-التحقق من مطابقة طالبي التراخيص مع سياسة التصديق الإلكتروني بنفسها أو عن طريق مكاتب تدقيق معتمدة

9-السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة باتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية أو استعادة المنافسة بين مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني،

10-التحكيم في النزاعات القائمة بين مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني فيما بينهم أو مع المستعملين طبقا للتشريع المعمول به،

11-مطالبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني أو كل شخص معني بأي وثيقة أو معلومة تساعدها في تأدية المهام المخولة لها بموجب هذا القانون،

12 -إعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني وعرضه على السلطة للموافقة عليه،

13-إجراء كل مراقبة طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني ودفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني،

14-إصدار التقارير والإحصائيات العمومية وكذا تقرير سنوي يتضمن وصف نشاطاتها مع احترام مبدأ السرية.

تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بتبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي يكتشف بمناسبة تأدية مهامها[1]

المشرع ميز لنا بين نوعين من جهات التصديق، الأولى هو الطرف الثالث الموثوق ولا يكون إلا شخص معنوي، ولا يصدر إلا شهادات تصديق الكتروني موصوفة ولفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي

[1] المادة 30 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 11.

فقط دون الجمهور مثل الإدارات والوزارات ...الخ، وهو يخضع لرقابة السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني أما الجهة الثانية وهو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات تصديق الكتروني بسيطة أو موصوفة لفائدة الجمهور وهو يخضع لرقابة السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني[1]

الفرع الثاني: شهادة التصديق الالكتروني

يمارس مؤدي خدمات التصديق وظائفهم عن طريق إصدار شهادات، سماها البعض "شهادات التوثيق الالكتروني، والبعض الآخر استعمل مصطلح الشهادات المعتمدة، وآخرون استعملوا عبارة "شهادات التصديق أو المصادقة الالكترونية، ورغم اختلاف التشريعات في تسمية هذه الشهادات إلا أنها أجمعت على أنها وسيلة لبعث الثقة في التعاملات الالكترونية والحفاظ على سريتها وتوفير الأمان لأطراف العقود الالكترونية[2]

تعد شهادة التوثيق رسالة إلكترونية تسلّم من شخص ثالث موثوق، وتكون لها وظيفة الربط بين شخص طبيعي أو معنوي وزوج من المفاتيح (الخاص والعام)، وتسمح بتحديد حائز المفتاح الخاص الذي يتطابق مع المفتاح العام المذكور فيها، وتحتوي الشهادة على معلومات عن المتعامل (اسم، عنوان، أهلية، عناصر تعريفية أخرى) والشكل القانوني بالنسبة للشخص المعنوي، واسم مصدر الشهادة، والمفتاح العمومي للتعامل، ورقم تسلسي وتاريخ تسليم الشهادة وتاريخ انتهاء صلاحيتها[3].

---

[1]رضوان قرواش، "هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين" المفهوم والالتزامات"، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، العدد 24، جوان 2017، ص413.

[2]دريس كمال فتحي، آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 166.

[3]لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 116.

التي يشهد بمقتضاها مقدم خدمات التصديق الالكتروني، بصحة التوقيع الالكتروني ونسبته إلى من صدر عنه، وانه مستوف للشروط والمعايير اللازمة للاعتراف بحجيته في الإثبات[1]، والذي يقرر بأن شهادة التوثيق الإلكترونية بصحة المعاملة الإلكترونية وضمانها من حيث صحة معلومات محتوى المعاملة، وصحة توقيعاتها الإلكترونية، وكذلك أطرافها[2]، كما يتم إعطاء هذه الشهادة من قبل مصدرها، رقما معينا أو ما يسمى الكود الرقمي الخاص بالشهادة، والغرض منه ادراج الشهادة وفق قاعدة بيانات يتم تحديثها بصورة مستمرة من أجل بيان التغييرات التي قد تطرأ عليها[3]

وعليه فإن غاية الأشخاص من اللجوء إلى شهادات التصديق الالكترونية هي التأكد من هوية الموقع وصحة توقيعه، والسلطات الممنوحة له في التوقيع، ولعمل ذلك تقوم جهة التوثيق بناء على رغبة ذوي الشأن، بالحصول على بيانات تخص هؤلاء، وعادة ما تعتمد جهة التوثيق في إعداد مفاتيح وضع التوقيع ومفاتيح التحقق من سلامته على البيانات والمعلومات والوثائق المقدمة منهم، وأيا كان مصدر حصولها على هذه البيانات، فهي ملتزمة بالتحقق من صحتها قبل استخدامها في تأليف تلك المفاتيح[4]

لهذا تعد شهادة توثيق التوقيع الإلكتروني أو شهادة التوقيع الرقمي أكثر أنواع الشهادات انتشارا وأكثرها أهمية باعتبارها تصدرها عن جهة التصديق وتشهد بمقتضاها بصحة التوقيع ونسبته إلى من صدر عنه، والتي تحتوي على المفتاح العام وكذلك معلومات تدل على هوية صاحب المفتاح الخاص المقابل، أي هوية

---

[1] نذير قورية، المرجع السابق، ص188.

[2] آزاد دزه يي، المرجع السابق، ص120.

[3] الزهره بره، جميلة حميدة، "شهادة التصديق الإلكتروني كألية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 01، أفريل 2019، ص897.

[4] شادي رمضان إبراهيم إبراهيم طنطاوي، "التزامات مقدمي خدمات التوثيق في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، الجزء الأول، العدد السابع، الإصدار الأول، 2022، ص1120.

من ينسب إليه التوقيع الإلكتروني، كما تبين حق وسلطة صاحب التوقيع وصلاحيته في إبرام التصرفات القانونية[1].

كذلك تلعب شهادة التصديق الإلكتروني أهمية بالغة في مجال التوقيع الإلكتروني فهي من جهة تحدد علاقة الموقع بالتوقيع الإلكتروني وتحدد هويته بشكل دقيق، ولذلك فإنه هذه الشهادة تعتبر حجر الزاوية في عملية التصديق وأي شك في محتواها، قد يؤدي في الكثير من الأحيان إما إلى تعليق العمل بها أو إلغائها وهذا بقصد حماية الأطراف المعتمدة على الشهادة حتى لا يفاجئوا فيما بعد أن هذه الشهادة أنها غير صالحة أو موقوفة العمل بها، وهذا بهدف إضفاء الثقة والأمان أثناء استعمال التوقيع الإلكتروني[2]

لقد عرف المشرع الجزائري الشهادة الالكترونية في المادة 02 الفقرة 07 من القانون رقم 15-04 على أنها وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع، وهو بذلك قد تأثر بالتعريف الوارد في التشريع الفرنسي ضمن المرسوم رقم 2001-272 المؤرخ في 30 مارس 2001 من خلال المادة الأولى في فقرتها التاسعة، على أنها: "مستندات تحمل الشكل الالكتروني وتؤكد الاتصال بين بيانات فحص التوقيع الالكتروني وصاحب التوقيع"، ركزت هذه التعريفات على الجانب الوظيفي لشهادة التصديق الالكتروني، المتمثل أساسا في إثبات هوية الموقع وأنه صادر عمن نسب إليه، وأن توقيعه صحيح، بما في ذلك البيانات الموقع عليها وأنه لم يطرأ عليها حذف أو إضافة أو تغيير[3]

---

[1] الزهره بره، جميلة حميدة، المرجع السابق، ص899.

[2] ازرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015 – 2016، ص301.

[3] دريس كمال فتحي، آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص167.

كما تضمن القانون 15-04 التنصيص الصريح على مبدأ الموثوقية في تسمية الطرف الثالث الموثوق، وهذه الموثوقية تستشف من خلال الاختصاص المنوط بهذا الشخص والمحدد في نص المادة 2/11، ذلك ان هذا الاخير مكلف بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة[1]

وفي هذا الصدد أشار التوجيه الأوروبي الخاص بشأن التوقيعات الإلكترونية وكذلك المرسوم رقم (272) لسنة (2001) من القانون الفرنسي إلى نوعين من شهادات التوثيق الإلكتروني هما شهادة التوثيق الإلكتروني العادية (البسيطة)، وشهادة التوثيق الإلكتروني المعتمدة (المؤهلة)[2]

حدد المشرع الفيدرالي للإتحاد الأوروبي بموجب المادة 05/1 من التوجيه الأوروبي رقم 99/93 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية الدول الأعضاء، على أن تضمن التوقيعات الإلكترونية المتقدمة التي تم إحداثها على أساس شهادات التصديق الإلكتروني الموصوفة بموجب المنظومة المؤمنة لإحداث التوقيعات الإلكترونية، المتطلبات القانونية التي يحققها التوقيع التقليدي (اليدوي)، وأن تكون مقبولة كدليل في الإثبات أمام العدالة، مع الأخذ بعين الإعتبار عدم إنكار المفعول القانوني للتوقيعات الإلكترونية البسيطة (المادة 05/2) منه، في حالة اعتمادها كوسيلة للإثبات أمام العدالة، وذلك بغض النظر عن ما إذا كان التوقيع قد تم إحداثه في شكل الكترونين أو لم يعزز بشهادة تصديق الكترونية موصوفة تم إصدارها من طرف مقدم خدمات تصديق الكتروني معتمد، أو أن التوقيع الإلكتروني لم يتم إحداثه عن طريق المنظومة المؤمنة لإنشاء التوقيعات الإلكترونية الموثوق بها من طرف الجهات الرسمية[3]

---

[1] نوي عبد النور، "مبدأ الموثوقية في ظل القانون 15/04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين"، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، 2021، ص254.

[2] غاني جدر السعدي، أكرم محمد حسان، المرجع السابق، ص590.

[3] دحماني سمير، "دراسة مقارنة بين التوجيه الأوروبي رقم 99/93 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية والقانون رقم 15-04- المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين"، المجلة النقدية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 02، 2018ص 257.

بالنسبة للتشريع الجزائري تطرق أيضا إلى أنواع التوقيعات الإلكترونية من خلال وصف الشهادة الالكترونية، والتي قام بتقسيمها إلى نوعين مقارنة ببعض القوانين المقارنة، فموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 162/07[1]، عرف نوعين من الشهادات؛ شهادة عادية وشهادة موصوفة، الأولى تعتبر وثيقة في شكل الكتروني تثبت بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع، أما الثانية أي الموصوفة فهي الشهادة الموصوفة للتوقيع الالكتروني المنصوص عنها في المادة 03 فقرة 09 بأنها الشهادة التي تستجيب للشروط المحددة ولم ينص عليها المشرع الجزائري[2].

فشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكترونية تتوفر على المتطلبات الآتية:

1 –أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها،

2 – أن تمنح للموقع دون سواه،

3 – يجب أن تتضمن على الخصوص:

–إشارة تدلّ على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة

–تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر الشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه،

–اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته

–إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ 07 جوان 2007.

[2] قارة مولود، المرجع السابق، ص1554.

-بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني،

-الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني،

-رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني،

-التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني،

– حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

-حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء،

-الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء[1]

كما تثير إبرام العقود الإلكترونية مسألة الحفاظ على خصوصية البيانات بما تحمله من معلومات، بالنظر إلى أن الوسائط الإلكترونية قد تتعرض أحيانا للتلف نظرا لحساسيتها، لكن يمكن التغلب على ذلك عن طريق وسائط أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات ولمدة أطول، حيث أن المشرع الفرنسي الزم السلطات المتعاقدة حفظ كل الوثائق والمستندات الخاصة فيما يسمى بالأرشيف الإداري الإلكتروني، الذي يسمح بحفظ المراسلات والمستندات الالكترونية لأطول مدة ممكنة؛ وبالتالي يمكن الرجوع إليها في أي وقت تحتاجها فيه، وعليه فإن المستند الالكتروني لا يفقد قيمته مع توافر وسائل مثل هذه، لأن أهمية المستند الإلكترونية تتجلى في الاثبات في حالة وجود نزاع؛ وبالتالي يكون السند الالكتروني قد اكتسب نفس قيمة السند الورقي[2]

---

[1]المادة 15 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 09.

[2]جديد حنان، المرجع السابق، ص253.

لقد عرف المشرع الجزائري الحفظ بمجموعة التدبير التقنية التي تسمح بتخزين الوثيقة الموقعة إلكترونيا في دعامة للحفظ، يقصد بهذه الأخيرة أي وسيلة مادية أيا كان شكلها أو خصائصها المادية، تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الموقعة الكترونيا[1]

كما حدد المشرع الجزائري كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، وجاء هذا المرسوم تطبيقا لقانون رقم 15-04[2] الذي ينص على أن تحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا في شكلها الأصلي، ويتم تحديد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا عن طريق التنظيم[3]

وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية CNUDCI في مادته الثالثة إمكانية اللجوء إلى الشخص الثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الالكترونية، وهي تسيير الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح اللجوء إليها لاحقا، الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات، التي انشأت أو أرسلت أو أستلمت، الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها[4]

كما أوجب المشرع لحفظ الوثيقة عدة شروط منها، أن يضمن حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا استرجاع هذه الوثيقة في شكلها الأصلي لاحقا والتحقق من توقيعها الالكتروني[5]، يجب أن يضمن حفظ الوثيقة الموقعة

---

[1] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، ص 12.

[2] أمال بوبكر، سلطات التصديق الالكتروني، المرجع السابق، ص148.

[3] المادة 4 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، جريدة رسمية العدد 06، ص 4.

[4] أمال بوبكر، سلطات التصديق الالكتروني، المرجع السابق، ص 148.

[5] المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، ص 13.

الكترونيا على الخصوص، ما يأتي: الوثيقة الالكترونية وتوقيعها الالكتروني أيا كان مرفقا أو متصلا بشكل منطقي، قوائم الشهادات الملغاة او نتائج التحقق من حالة الشهادات الالكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول للسلطة الوطنية للتصديق الالكتروني، شهادة التصديق الالكتروني للموقع، قائمة الشهادات الالكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول إلى السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني عندما يتعلق الأمر بشهادة الكترونية موصوفة، تاريخ توقيع الوثيقة عند الاقتضاء[1].

كما يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي موقع أو مستلم لوثيقة موقعة الكترونيا أن يضمن حفظها بنفسه أو عبر طرف ثالث[2]، ويتم حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا على دعامة حفظ يسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة[3]

[1] المادة 4 المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، ص 13.

[2] المادة 5 المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، ص 13.

[3] المادة 6 المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، ص 13.

خلاصة الفصل الأول

في ختام الفصل الأول المعنون ب ضرورات ركن الشكلية في ضمان صحة العقود الإلكترونية، والذي قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول جاء متضمنا أحكام ركن الشكلية في العقود الالكترونية، حيث خصصنا هذا المبحث لدراسة الإطار المفاهيمي لشكلية العقود الإلكترونية، وذلك من خلال تقديم تعريف للعقود الإلكترونية، سواء من جانب الفقه أو من جانب القوانين، حيث اتفقت التعريفات على أن العقد الالكتروني مثله مثل العقد التقليدي، يتطلب لانعقاده توفر الأركان الضرورية لقيامه، كالتراضي والمحل والسبب، إذا كانت العقود رضائية، أما إذا كانت شكلية فيستلزم ركن الشكلية لانعقاده، لكن الاختلاف يكمن في الدعامة الالكترونية، فلا وجود للشكلية التقليدية والمتمثلة في الأوراق الرسمية أو العرفية، وبالتالي الدعامة الورقية منعدمة الوجود في العقود الالكترونية، كما أن مجلس التعاقد هو افتراضي، وهذا ما جعل العقد الالكتروني يمتاز بخصوصية عن العقود التقليدية وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى التطورات التكنولوجية لوسائل الاتصال الأنترنت، كما أن ركن الشكلية في العقود الالكترونية حتى ينتج أثاره لابد من توفر شروط وهي الكتابة الالكترونية، والتوقيع الالكترونية، حيث اتجهت أغلب التشريعات إلى النص عليهما كونهما من متطلبات ركن الشكلية في العقود الالكترونية، والأهم من ذلك هو تحديث الرسمية في تحرير العقود الشكلية الالكترونية، الأمر الذي دفعنا إلى دراسة التوثيق الالكتروني والبحث في مدى وجود الموثق الالكتروني في أرض الواقع، والإجراءات اللازمة لتحرير العقود الرسمية الالكترونية، كما أن للتصديق الالكتروني دور مهم في إضفاء صفة الرسمية إلى العقود الالكترونية، وذلك بمنح شهادة الكترونية موصوفة لها القوة الثبوتية، وهذا بموجب قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث نص هذا الأخير على السلطات المختصة بالتصديق الالكتروني، وهي ثلاث سلطات السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني، والسلطة الحكومية للتصديق الالكتروني، والسلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، وتجدر الإشارة إلى أن التصديق الالكتروني لا يعتبر من قبيل توثيق العقود الالكترونية، وإنما هو بمثابة إثبات صحة التوقيع من أجل تحديد هوية

الموقع الالكتروني، فتنظيم المشرع لمسألة التوقيع الالكتروني والتصديق على التوقيع لا يخرج عن نطاق العقود العرفية الالكترونية، لأن دور التوقيع يكمن في الورقة العرفية وليس في الورقة الرسمية، فالمشرع الجزائري لم يتصدى لمسألة توثيق العقود الرسمية الالكترونية ولم يصدر بشأنها قانون ينظم إجراءات توثيق العقود الرسمية الالكترونية.

الفصل الثاني: إستراتيجية المشرع الجزائري في تفعيل الشكلية في العقود الإلكترونية.

لقد أضحت المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي تهيمن على الكثير من جوانب حياتنا المعاصرة، بأبعادها الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والثقافية، وباتت تشكل ثروة تقنية وصناعية وفكرية عالمية مما استدعى تدخل التشريعات سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي لتنظيمها وحمايتها، وخصوصا بعد ظهور أنواع جديدة من العقود مما استتبع تنوع في الآثار والمسؤوليات التي تترتب عليها[1].

إن ثورة التطور التقني للمعلوماتية والاتصالات هي سمة القرن العشرين، هذه الثورة التي غيرت العالم وأدوات تفاعله وحركته في شتى المجالات، التي بالنتيجة فرضت على العالم والدول أن تغير أو تعدل في أدواتها القانونية المنظمة لعملها وعمل الأفراد، هذا التطور في المنظومة التي أستقر عليها العمل القانوني والتي انتجت موروث اجتماعي وثقافي، قد أجبر المشرع على أن يقوم بالتفاعل معه، وذلك من خلال تطويره للأدوات القانونية، ومن أولى المسائل التي تتبادر إلى الذهن هي معرفة كيفية التعامل القانوني مع التقنيات الحديثة كأدوات للإثبات الإلكتروني والصعوبات القانونية التي يمكن أن يواجهها رجال القانون في هذا المجال[2].

العقود هي أساس العديد من أنشطتنا اليومية، كونها توفر الوسائل للأفراد والشركات لبيع ونقل الممتلكات والخدمات وحقوق أخرى، يعتمد شراء البضائع مثل الكتب والسيارات، على عقود البيع، ويستند تعيين الموظفين على عقود الخدمة، ويستند عقد إيجار الشقة إلى عقد الإيجار؛ يعتمد بيع السلع والخدمات عبر الإنترنت على العقود الإلكترونية القائمة لا نهاية لها، بدون عقود واجبة التنفيذ؛ ستصبح التجارة مجمعة، يتم إبرام العقود طواعية من قبل الأطراف، تصبح شروط العقد قانون خاص بين الطرفين[3].

[1] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 3.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص 17.

[3] Kathleen Mercer Reed, Henry R Cheeseman, John J. Schlageter, Op.cit, p4.

يعد العقد الإلكتروني ظاهرة جديدة نمت بسبب التجارة الإلكترونية، حيث أنشأت هذه الأخيرة مجالات جديدة ليس لها حدود فيما يتعلق بالمعاملات التجارية، لا توجد حدود إقليمية في مجال العقود الإلكترونية، التواجد المادي ليس مطلبًا رئيسيًا في العقود الإلكترونية، ومع ذلك في الوقت نفسه، زادت أيضًا الحاجة إلى إدارة العقود الإلكترونية، حيث تعد العقود الإلكترونية جزءًا حيويًا من التجارة الإلكترونية ولا يمكن تركها في فراغ أو عدم تنظيمها، فهناك تحديات كبيرة يتم طرحها أثناء التعامل في الوسط الإلكتروني، يجب معالجة هذه القضايا والتحديات بشكل صحيح من أجل إنشاء منصة إلكترونية آمنة ومأمونة[1]

العقد الإلكتروني يتم عن بعد، أي بين عاقدين لا يجمع بينهم مجلس عقد واحد، لذلك فهو ينتمي إلى طائفه العقود عن بعد حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر الإنترنت، ويتميز العقد الإلكتروني بأنه لا يستخدم فيه الدعامة الورقية في الإثبات وإنما يستخدم الوسائل الإلكترونية من خلال الشبكة الدولية[2]

اتضح أن عددًا من الإجراءات الشكلية مرتبطة باستخدام الورق كوسيلة للأعمال القانونية (الملاحظات المكتوبة بخط اليد، والتوقيعات المكتوبة بخط اليد وما إلى ذلك)، ومع ذلك مع ظهور الشبكات الرقمية والتجارة الإلكترونية، نشهد الآن انتشارًا للعقود غير الورقية التي يتم إبرامها إلكترونيًا، ويقال إن مثل هذه العقود "غير مادية" تخضع لخطأ بسيط، كونها تتم عن بعد، ولكنها مريحة من جهة أخرى ولا تحتاج إلى الوجود الفعلي للوقوف على تنفيذ الالتزامات، وهذا ما يزيد من خطورة التعاقد وعلاوة على ذلك، كانت مقصد العديد من التشريعات في تكريس لمثل هذه العقود[3]

معظم الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية قامت بإدراج شروط خاصة استثنت من خلالها بعض المعاملات، ولم تقبل فيها المحررات الإلكترونية حتى ولو كانت مستوفية لكافة

---

[1] Neha Saini, "Legal Issues Vis a Vis Online Contracts in Global Scenario", revista GEINTEC, University, Noida, india, Vol. 11 No. 4, 2021, p4482.

[2] عارف علي عارف، نادية ياس البياتي، "العقود الإلكترونية: دراسة فقهية تحليلية"، مجلة الاسلام في آسيا، المجلد 10، العدد 2، 2013، ص7.

[3] Marie Demoulin,Étienne Montero, Op.Cit, P 6.

الشروط، يمكن تقسيم هذه المعاملات المستثناة إلى طائفتين، الأولى هي المعاملات ذات الشكلية الخاصة والتي تتطلب لإبرامها إجراءات خاصة ووجود محررات ورقية حسب نصوص القانون المدني أو نصوص قانونية خاصة نظرا لأهميتها وخطورتها، لذلك استثنتها تشريعات بعض الدول من الاستخدام الإلكتروني، ومن بينها مسائل قانون الأسرة مثل الزواج والطلاق والوصايا، التبني الميراث، الوقف...الخ، التصرفات العقارية الخاصة بنقل الملكية، إنشاء أو تسجيل أي حق من الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات تقرير رهن أو امتياز عليها، عقود بعض الخدمات العامة كعقود المياه والكهرباء، الدعاوى القضائية وإعلانات الدعاوى والمرافعات وقرارات وأوامر المحاكم والإعلانات القانونية، والثانية هي معاملات الأوراق المالية كالسندات القابلة للتداول كالأسهم[1]

لا يخفى علينا أن مجال التجارة الإلكترونية هو مرحلة جديدة على رجال القانون، كما أن القوانين الحالية ليست كافية لمواجهة هذا الوليد الجديد في مجال العلاقات التجارية الدولية، وإزاء هذا الوضع التشريعي بدأت المنظمات الدولية في إصدار التوجيهات والقوانين النموذجية التي تتناسب وطبيعة المعاملات الإلكترونية، كما بدأ رجال القانون يقترحون الحلول ويطالبون المشرع بالتدخل بوضع قانون ينظم المعاملات الإلكترونية قد أدى ذلك إلى أن يتجه مشرعو بعض هذه الدول إلى إضافة بعض التعديلات في القوانين الحالية، بينما اتجه البعض الآخر إلى صياغة قانون مستقل ينظم المعاملات التجارية الإلكترونية[2]

هذا حتى تتمكن من مسايرة التطورات المعلوماتية، فالعصر الرقمي الذي نعيشه الآن وما نتج عنه من تجليات ثورة تقنية عالية، والعمل عبر أجهزة الكمبيوتر وشبكات الاتصال، أدى إلى التوسع في استخدام تكنولوجيا المعلومات، وهو ما أدى إلى ظهور إشكالية قانونية كبيرة حول مدي حجية الإثبات القانوني

---

[1]علي رحال، "حجية المحررات الالكترونية في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري والتشريع المقارن"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، 2021، ص305-306.

[2]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 9.

بواسطة الرسائل الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، الذي أصبح بديلاً للتوقيع اليدوي أو التقليدي التي اعتادت البشرية على استخدامها لعشرات السنين، كما أدى إلى التساؤل حول مدى مشروعية الدليل الإلكتروني في القضايا والمدنية والتجارية[1]

إن الصورة التقليدية للتوقيع الشخصي على المحرر المكتوب هي الإمضاء أو الختم أو البصمة، والكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي على المحرر المكتوب هما صنوان في قوانين الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، ولذلك فإن التشريعات الحديثة والتي تبنت مبدأ التوقيع الإلكتروني وكذلك الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، ركزت في جل اهتمامها على هدم النظرية القائمة والتي تسلم بسيادة الكتابة التقليدية والمحرر التقليدي والتوقيع التقليدي، وصورها جميعا الكتابة العادية دون الكتابة الإلكترونية، لكن التحول من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية، ومن التوقيع في صورته التقليدية إلى التوقيع الإلكتروني لم يتم بين عشية وضحاها، إنما استغرقت المسألة جدلاً في الفقه[2]

نستهل الدراسة في هذا الفصل بدور القوانين بالتجسيد الفعلي لركن الشكلية في العقود الالكترونية، خاصة موقف المشرع الجزائري في استحداث ركن الشكلية في العقود الالكترونية وذلك بالنص على الكتابة والتوقيع بالشكل الالكتروني في القانون المدني، وتقييم ما إذا كانت خطوة المشرع موفقة في الإحاطة بمسألة الشكلية الالكترونية، ثم التطرق إلى العقود التجارة الإلكترونية التي نظم المشرع أحكامها في قانون التجارة الالكترونية، حيث ستكون الدراسة في هذا الفصل تقييمية بالدرجة الأولى حول ما إذا وفق المشرع الجزائري بتنظيم مسألة ركن الشكلية في العقود مقارنة مع نظيره الفرنسي، حيث نخصص المبحث الأول المبحث الأول التكريس القانوني للشكلية في العقود الإلكترونية، أما المبحث الثاني تقييم حجية الشكلية في ضمان صحة العقود الالكترونية.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، المرجع السابق، ص 6.

[2] عبد الفتاح بيومى حجازى، المرجع السابق، ص11.

المبحث الأول التكريس القانوني للشكلية في العقود الإلكترونية

يعتبر عنصر السرعة في تنفيذ المعاملات الالكترونية من بين المبررات التي ساهمت في وجود العقد الالكتروني، يقترن ذلك بعدم الوجود المادي للأطراف في مجلس العقد كما ألفناه في العقود التقليدية، إن البيئة الافتراضية التي يستدعيها مناخ العقد الالكتروني، والتي تتمثل في استعمال شبكة الانترنت كوسيلة الكترونية لإبرام وتنفيذ العقد الالكتروني وتطورها الهائل تعتبر من بين المبررات التي ساهمت في اعتماد العقد الإلكتروني كتصنيف جديد للعقود المتداولة[1]

في الواقع، هذه الحداثة التي كرستها تكنولوجيا المعلومات ستواجه العديد من الصعوبات في التوافق مع مذاهب قانون العقود، التي طالما أسست جوهر العقد على إرادة الشخصيات في العلاقة، هذا الثابت الذي تحدى بالفعل على نطاق واسع من قبل العديد من السلطات القانونية لعدم ملاءمته للواقع الاجتماعي والاقتصادي، سيكون أقل إخلاصًا وإنصافًا وفعالية في هذا النمط الخاص من تكوين العقد[2]

حتى في مسألة الإثبات حيث أضحت الوسائل التقليدية للإثبات أصبحت لا تتلاءم والتطور الحديث، فبظهور وسائل إلكترونية حديثة؛ ظهر نظام جديد من الكتابة والتوقيع بحيث تم الانتقال من الملموس إلى الافتراضي الرقمي، فدخول العالم مجال تكنولوجيا المعلومات؛ أدى إلى تغيير مفهوم الإثبات تبعاً لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق الكترونية والاستغناء عن الكتابة الورقية[3]، إن أول ما يشترط في اعتبار المحرر الالكتروني دليل اثبات الوجود الحقيقي لهذه الوثيقة المحررة بوسيلة إلكترونية والمرسلة عن طريق وسيلة الكترونية عن بعد وبدون مواجهة بين المرسل والمرسل إليه، والكتابة الالكترونية تكون على شكل

[1] محمد لمين بن قايد علي، "العقد الإلكتروني: تصنيف جديد للعقود القائمة"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021، ص466.

[2] Vincent Gautrais, "Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé", Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval, Volume 37, numéro 1, 1996, P125.

[3] حسان سعاد، المرجع السابق، ص11

معادلات خوارزمية تنفذ عن طريق عمليات إدخال البيانات واخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أي وسيلة الكترونية أخرى تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الادخال بواسطة لوحة المفاتيح، أو أنه وسيلة تمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المجرية في وحدة المعالجة المركزية أو أي قرص مرن مستخدم[1]

لقد كان من أهم مظاهر تطور شبكة الإنترنت ظهور التجارة الإلكترونية، لأنه مع التسهيلات الكبيرة التي قدمتها الشبكة في مجال تبادل الرسائل والمعلومات تزايدت أعداد المتعاملين فيها، سواء للإعلانات عن المنتجات أو التسويق، أو التفاوض على إبرام العقود بالأساليب الحديثة بدلاً من المستندات الورقية والوسائل التقليدية، وإزاء هذا الارتباط القوي والعلاقة الوثيقة بين الإنترنت والتجارة الإلكترونية[2]

حيث عملت العديد من الدول والمنظمات الدولية في ضوء أهمية موضوع العقود الالكترونية على وضع وتنظيم الأطر العالمية التي يمكن في ضوئها تحديد المبادئ الرئيسية لعملها، فقد وقعت كل من استراليا، وكندا، وشيلي، وكولومبيا، ومصر، والاتحاد الأوروبي، وايرلندا، وكوريا، واليابان، وهولندا، وانكلترا منذ عام 1997 بيانات ثنائية تعتمد على رؤية مشتركة ومبادئ للسياسات من أجل تعزيز نمو العقود الالكترونية عامة وعقود التجارة الالكترونية خاصة[3].

الأمر الذي دفعنا إلى تسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري من اعتماد ابرام العقود بالشكل الالكتروني، سواء كانت العقود مدنية أو تجارية، والبحث في مدى تخصيص مساحة لتنظيم العقود الالكترونية مدنية كانت أم تجارية، خاصة أن الحديث على شكلية العقود الالكترونية يفرض علينا مفاهيم مرتبطة

---

[1] المختار بن قوية، "حجية الكتابة الالكترونية في المواد المدنية"، مجلة الحوكمة والقانون الاقتصادي، المجلد 02، العدد 01، 2022، ص63.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 14.

[3] هاني وجيه العطار، التجارة الإلكترونية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن ،2021، ص 11.

ارتباطا وثيقا بهذه الشكلية، فلا يمكن تصور الحديث على عقود رسمية إلكترونية دون التطرق إلى مفهوم التوثيق الالكتروني، ذلك أن هذا الأخير هو مصدر إضفاء صفة الرسمية على تلك العقود، فالبحث في مدى تنظيم العقود الشكلية الالكترونية يفرض كذلك البحث في مدى تنظيم إجراءات التوثيق الالكتروني.

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: استحداث القانون 05-10 الشكلية في العقود المدنية الإلكترونية، المطلب الثاني استحداث القانون 18-05 الشكلية في العقود التجارية الإلكترونية.

المطلب الأول: استحداث القانون 05-10 الشكلية في العقود المدنية الإلكترونية

عرف العقد الالكتروني من خلال نص المادة 2 من التوجيه الأوربي لسنة 07/1997 المؤرخ في 20/05/1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد:" العقد الالكتروني عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكتروني[1]

بدأت الجزائر تخطو خطواتها الأولى من خلال وضع خطة هدفها تعميم تكنولوجيا المعلومات في كافة المجالات[2]، حيث واكب مصدره التاريخي المشرع الفرنسي معرفا الكتابة الإلكترونية بمقتضى المادة 323 مكرر من القانون 05-10 على أنه تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام او أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنه، وكذا طرق إرسالها فالمشرع الجزائري كنظيره الفرنسي لم يقتصر على الكتابة التقليدية على أنها مجموعة حروف وإنما أضاف إلى ذلك كل ما يؤدي إلى معنى متفق عليه بين الأطراف من أوصاف أو أرقام أو علامات أو رموز، كما أضاف بأي وسيلة كانت ومهما كانت طريقة إرسالها بمعنى الوسائل والتي تتضمن المحررات الإلكترونية بمفهومها المجرد، ويقصد بها المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وارسالها ونشرها على شبكة الانترنيت[3]

إن التطور الحاصل في وسائل الإتصال الحديثة، استلزم على المشرع أن يقف على نتائجها، كونها قد يثار بشأنها العديد من المنازعات الناتجة عن المعاملات الإلكترونية، والتي من بينها العقود الالكترونية،

---

[1]محمود حياة، التركي باهي، "الشكلية في عقد البيع الالكتروني للإثبات أم للانعقاد"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01، 2022، ص 26.

[2]بوزانة أيمن، حمدوش وفاء، "التجارة الالكترونية في سياق القانون رقم 18-05 والمراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الالكتروني في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص1834.

[3]عبد الله نوار شعت، المرجع السابق، ص 299.

ومسألة إثبات الحقوق لأصحابها، واستيعاب مختلف المراكز المرتبطة بهذه العقود، قد لا تقتصر على الوسائل التقليدية للإثبات، التي أصبحت قاصرة على استيعاب هذه العقود المستحدثة، مما أدى بالمشرع إلى مواكبة الثورة التكنولوجية عن طريق الإقرار بالكتابة الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات، وكذا التوقيع الإلكتروني بإصداره لقانون التوقيع والتصديق الإلكتروني 15-04، وهذا التدخل كان ولابد منه لتعديل منظومة الإثبات لتستوعب التقنيات الحديثة[1]

بدخول الجزائر لنظام الحكومة الالكترونية وصدور القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة أصبحت الأحكام القضائية باعتبارها محررات رسمية تتم الكترونيا و يوقع عليها الكترونيا، وكذا القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الذي أدخل حيز الرقمية المحررات الرسمية الصادرة عن الهيئات العمومية والتي سماها في محتوى النص المتدخلون في الفرع الحكومي، كما تعتبر المحررات الصادرة عن سلطات التصديق الالكتروني محررات رسمية باعتبارها هيئات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية وفقا لأحكام القانون 15-04، أما بخصوص العقود الرسمية فبموجب نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري تدخل العقود الرسمية حيز الرقمية[2]

نعرج في هذا المطلب إلى دراسة التنظيم القانوني لركن الشكلية في العقود الالكترونية في القانون المدني، من خلال استحداث للكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث سندرس تنظيم القواعد العامة لركن الشكلية في العقود الالكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى قصور القواعد العامة في تنظيم ركن الشكلية في العقود المدنية الإلكترونية (الفرع الثاني)

---

[1] باكور نادية، "حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال إثبات العقود الذكية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص 1040.

[2] إيمان بوناصر، الهادي خضراوي، "المستجدات القانونية والتقنية في تنظيم المحررات الإلكترونية الرسمية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 11، ديسمبر 2018، ص480.

الفرع الأول: تنظيم القواعد العامة لركن الشكلية في العقود الالكترونية

لم يكن موقف المشرع الجزائري مختلفاً عن غيره من التشريعات، وجاء مواكباً للتطورات والمستجدات التي نادت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، إذ قام بتعديل أحكام الإثبات المنظمة في القانون المدني، وذلك بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005، عندما أضاف لنصوص التقنين المدني – المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 وعدل نص المادة 327 منه[1]

تنص المادة 323 مكرر على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"[2]

تنص المادة 323 مكرر 1 على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[3]

بالنسبة للكتابة الخطية إما رسمية أو عرفية والكتابة الإلكترونية شأنها شأن الكتابة الخطية نوعان هي كتابة إلكترونية رسمية وكتابة الكترونية عرفية، غير أن وجود الكتابة وحدها لا يكفي فلابد من صدورها من شخص مؤهل لذلك، وفي مجال الكتابة الإلكترونية الدعامة غير ورقية بل مثبتة على دعامة إلكترونية، والمشرع الجزائري لما ساوى بين الكتابتين الخطية والإلكترونية لم يحدد نوع الكتابة في الشكل الإلكتروني والتي تعد مساوية للكتابة الورقية[4]

---

[1]منية نشناش، "مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات (دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والفرنسي)"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد 4، 2018، ص89

[2]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية 44، ص 24.

[3]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية 44، ص 24.

[4]حسان سعاد، المرجع السابق، ص 104.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني يعد أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات التصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثار حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها "التقليدي" كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية خاصة الورق الذي يفرغ عليها، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة الكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات[1]

لقد اعطى المشرع لحجية الاثبات بالكتابة على الشكل الإلكتروني ذات الحجية في الإثبات للكتابة على الورق؛ بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[2]

ساوى المشرع الجزائري بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني في القيمة الثبوتية، واشترط لذلك أن يكون المحرر منسوبا للشخص الذي أصدره، وأن ينشأ هذا المحرر ويحفظ في ظروف تضمن سلامته من أي تغيير وهذا استنادا للمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، التي تنص على اعتبار الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[3]

والشكلية المقصودة في العقود الالكترونية لا يمكن أن تغني عن الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد بعض العقود لأهميتها وخطورتها، لأن الكتابة التي أوجبتها المادة 323 مكرر، هي للإثبات ولم تقصد الشكلية، فالوسائل التقنية الحديثة لم تحز الثقة الكافية لذلك، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات على

[1]منية نشناش، المرجع السابق، ص89

[2]محمد سادات، "أثر تنوع التوقيعات الالكترونية على حجية العقود العرفية الإلكترونية في القانون الجزائري"، مجلة صوت القانون، الجزء 02، العدد 07، 2017، ص144.

[3]براهمي حنان، المرجع السابق، ص145.

ضوء التشريع الجزائري والتشريع المقارن[1]، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أشار إلى المحررات الرسمية الالكترونية في المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي، كما أنه اكتفى بتنظيم التعامل بالمحرر الإلكتروني بنصوص قليلة بحاجة إلى الكثير من التفصيل بنصوص خاصة فيما يتعلق بالجانب التقني كما فعلت أغلب الدول[2]،

ننوه إلى أن بوادر تكريس الشكلية في العقود الإلكترونية بالنسبة للتشريع الفرنسي كانت بصدور القانون رقم 2000-230 لسنة 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، الذي تضمن المواد 1316 و1317 اللتان تنصان على الكتابة الالكترونية واللتان أصبحا على الترتيب المادة 1365-1367، من التعديل للقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016، الذي وسع المشرع الفرنسي من خلاله نطاق الشكلية في العقود الالكترونية، حيث نصت المادة 1365 من هذا القانون على ما يلي[3]

حيث تضمنت نص المادة 1365 وهي نفسها المادة 1317 من القانون الفرنسي السابق الصادر في سنة 2000، على الكتابة التي تتكون من سلسلة من الحروف أو الأرقام أو أي علامات أو رموز أخرى ذات معنى واضح مهما كانت وسيلة وجودها، حيث نستشف من هذه المادة أنها متطابقة لنص المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، فهذه المادة استحدثت في سنة 2005، وبالنظر إلى المادة 1365 والتي تم استحداثها من قبل في سنة 2000 بالقانون 200-230، وعليه المشرع

---

[1] بوزيد وردة، "توثيق التوقيع الالكتروني"، مجلة البيبان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، جوان 2018، ص160.

[2] براهمي حنان، المرجع السابق، ص146.

[3] Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, journal officiel de la république française, texte 19 sur 133, Art : 1365 L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés,d'une signification intelligible, quel que soit leur support.

الفرنسي كان سباقا إلى تبني الشكلية في العقود الإلكترونية، وهذا ما يدل على الأصل في تكريس الشكلية الالكترونية تعود للقانون الفرنسي.

من خلال نص المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1، يكون المشرع الجزائري قد اعتمد صراحة الكتابة الإلكترونية، وأقر المساواة بينها وبين الكتابة التي تقوم على دعامة ورقية واعترف لها بنفس الحجية المقررة للكتابة على الورق عندما تستجيب لمتطلبات المادة 323 مكرر 1 المتعلقة بتحقق شرطان، الأول هو إمكانية التأكد من الشخص الذي أصدرها، والثاني أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وهذا يفيد أن الكتابة الإلكترونية لا تعتبر دليلا إلا إذا اشتملت على توقيع صاحبها لأنه الوسيلة التي تتيح إمكانية التأكد من هوية الشخص مصدرها[1]

في هذا الصدد بالنسبة لنص المادة 323 مكرر 1 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري والتي تنص على المساواة في الاثبات بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية شرط أن تكون في هذه الأخيرة التعرف على صاحبها "موقعها" ممكنا، مع ضرورة حفظا في ظروف سليمة، حيث أن هذه المادة تقابلها المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على ما يلي[2]

حسب هذه المادة التي تفيد بأن للكتابة الإلكترونية نفس القوة الإثباتية للكتابة على الورق، بشرط أن يكون من الممكن التعرف على هوية الشخص الذي تصدر منه، وأن تكون ثابتة ومحفوظة في ظل ظروف من شأنها ضمان نزاهتها، نستشف التطابق بينها وبين نص المادة 323 مكرر 1، حيث أن النص الفرنسي كانت له الأولوية في الإصدار حيث أن نص صدور لأول مرة في ظل القانون 2000-230 الصادر في

[1]ريحي تبوب فاطمة الزهراء، "واقع النظرية العامة للعقد في البيئة الرقمية"، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء 01، العدد 14، 2020، ص88.

[2] Art 1366 : L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité, Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français, journal officiel de la république française, texte 19 sur 133.

سنة 2000، ثم بقت نفس مضمون المادة في الأمر 2016-131، أما بالنسبة لنص المادة 323 مكرر 1 جاءت في سنة 2005، وبالتالي فالمشرع الجزائري عند تبنيه للشكلية في العقود الالكترونية سار في نفس مسار المشرع الفرنسي.

كذلك نستشف من خلال نص المادتين 323 مكرر، و323 مكرر 1، أن المشرع الجزائري تقدم بخطوة نحو تجسيد إطار قانوني يحكم العقود الالكترونية، فنص على الكتابة الالكترونية والتي تعد من صور الشكلية الإلكترونية، حيث اشترط ضرورة التعرف على صاحب العقد الالكتروني، وهذا ما يعبر عنه بالتوقيع الالكتروني، لأن الورقة تستمد قوتها من توقيع صاحبها، وهذا ما عمل به المشرع عندما نص في المادة 323 مكرر على الكتابة التي تستعمل في الاثبات وما تتضمنه من رموز وأرقام وعلامات وغيرها، بشرط أن تكون مفهومة بغض النظر عن الوسيلة المستعملة سواء كانت تقليدية أو الكترونية، ثم جاء ليؤكد على وجوب معرفة هوية الشخص صاحب المستند الالكتروني، وهذا إن دل فيدل على مفهوم التوقيع الالكتروني، الذي اعتبره المشرع ضروري لاعتماد الاثبات بالشكل الالكتروني.

فالمشرع الجزائري حاول تدارك تأخره في مجال التعاقد الالكتروني، مقارنة بالتشريعات الغربية والعربية التي كانت سباقة لتنظيم العقود الالكترونية، ومواكبة التطورات التكنولوجية التي مست النظرية العامة للعقود.

الفرع الثاني: قصور القواعد العامة في تنظيم الشكلية في العقود المدنية الإلكترونية

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، التعاقد في الشكل الالكتروني بموجب المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1، حيث تضمنتا النص على الكتابة والتوقيع بالشكل الالكتروني، خاصة مسألة الاثبات في العقد الالكتروني، حيث اشترط ضرورة تحديد هوية الأطراف، وحفظ الشكل الالكتروني الذي تم به العقد الالكتروني.

من خلال استقراءنا لنص المادتين المذكورتين أعلاه، نستشف أن تنظيم المشرع لمسألة التعاقد الالكتروني لم يكن بالقدر المطلوب للإحاطة بهذا النوع من العقود، فمن غير المنطقي تصور تنظيم لموضوع العقود الالكترونية في مادتين فقط، فطبيعة هذه العقود تفرض علينا ضبطها في ترسانة من المواد القانونية، نظرا لما تتضمنه من تقنيات حديثة في التعاقد، حيث يكون فيها الايجاب والقبول إلكترونيين، كذلك مجلس العقد الكتروني، والوسيلة التي يتم بها العقد الكترونية، وركن الشكلية كذلك الكتروني، حيث تكون فيه الكتابة الكترونية، ناهيك عن ما إذا كان العقد رسمي الكتروني والذي يحرره ضابط عمومي الكتروني، فمسألة التعاقد الالكتروني مرتبط بمفاهيم ومصطلحات قانونية جديدة على النظرية العامة للعقود، لهذا نقول أن المشرع الجزائري لم يوفق في تنظيمه للعقود الالكترونية في القانون 05-10، وخطوته نحو هذا التنظيم كانت غير مدروسة، ذلك ما يفسر عجزه عن وضع إطار قانوني شامل في ضبط مفهوم العقود الالكترونية ومسألة ابرامها واثباتها.

وما يعاب على المشرع أنه عندما تطرق للكتابة والتي تعد من صور الشكلية، لم يتصدى للكتابة الرسمية الالكترونية والجهات المختصة بتحريرها، ولم يشر إلى التوثيق الالكتروني ولا حتى إلى وجود العقود التوثيقية الالكترونية، كذلك لم يتناول المشرع النص عن المحررات العرفية الالكترونية ومسألة حجيتها في الاثبات، عدا الإشارة إلى ضرورة تحديد هوية صاحب المستند وهنا تلميح منه على التوقيع الالكتروني فقط.

نستشف من خلال القانون 05-10 والقانون 15-04 الإستراتيجية الواضحة للمشرع الجزائري بخصوص تنظيم شكلية العقود الالكترونية، والتي توجه فيها إلى التركيز على الكتابة العرفية من خلال ضبط مسألة التوقيع الإلكتروني، حيث خصص القواعد المنظمة له وآليات إنشاءه والسلطات المكلفة بالتصديق الإلكتروني، فالمشرع ركز فقط على الكتابة العرفية الإلكترونية وذلك بتخصيص الإطار القانوني للتوقيع الإلكترونية، كما أنوه إلى قولنا لعبارة " الكتابة العرفية الإلكترونية" أنها لم تدرج في نصوص المواد القانونية سواء في قواعد الشريعة العامة أو في القواعد الخاصة للقانون 15-04، بل أن الأخذ بمسألة الكتابة العرفية الإلكترونية كان استنتاجا من خلال استقراء برنامج المشرع الجزائري في تنظيم للعقود الإلكترونية، حيث أن وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الكتابة العرفية تستمد حجيتها من توقيع صاحبها، وأن الطعن في حجيتها يكون بإنكار صاحبها لتوقيعه الموجود في العقد المكتوب، وأيضا أخذنا بعبارة الكتابة العرفية الإلكترونية، تأسس من خلال أن الكتابة نوعان إما كتابة رسمية تحرر من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة تنازلت له الدولة عن جزء من صلاحياتها، هو من يضفي الطابع الرسمي للعقود، وبالنظر إلى أن العقود التي تكتفي فيها الكتابة بوجود التوقيع الالكتروني فقط، هي كتابة عرفية إلكترونية، فالمشرع الجزائري لم يوضح لا المفاهيم الجديدة التي فرضتها التطورات التكنولوجية والمعلوماتية، ولم يتصدى لها بتنظيم قانوني شامل لمفهوم الشكلية في العقود الإلكترونية، حيث كان تنظيمه للكتابة الإلكترونية يشمل الكتابة العرفية الإلكترونية بضبطه لمسألة التوقيع الإلكترونية.

وجدير بالذكر أن موقف المشرع الجزائري من تنظيم الشكلية الإلكترونية والذي حصره في الكتابة العرفية الإلكترونية، يعكس لنا الصعوبات التي يواجهها في التعرف على المفاهيم الحديثة، لذلك إختار المشرع الكتابة العرفية كونها أخف الأضرار بالنسبة له وهذا تحسبا لفشل أو عدم تحقيق نفس الأثار التي تحققها المبادئ الكلاسيكية لنظرية العقود، كونها التجربة الأولى بالنسبة للمشرع الجزائري والذي التحق مؤخرا بالتشريعات المنظمة للمجال التعاقدي الإلكتروني، حيث أنه حصر نطاق هذا الأخير في الكتابة العرفية

فقط دون تنظيم أو حتى تلميح منه بوجود عقود رسمية إلكترونية، على عكس التشريعات الأخرى التي استقبلت العقود الإلكترونية وأخذتها على أوسع نطاقها، وخصصت لها تنظيم يشمل الكتابة بنوعيها الرسمي والعرفي، ولم تفرق بينها وبين تلك تحكمها الأسس الكلاسيكية، فمثلا المشرع الفرنسي تبنى المفهوم الجديد للعقود، واستحدث الكتابة الرسمية الالكترونية واستحدث معها شبكة الكترونية خاصة بالموثقين وهي شبكة داخلية بغية تداول أي وثائق أو محررات بينهم داخل هذه الشبكة، والتي ساعد في ظهورها المرسوم الصادر في سنة 2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين والمعدل والمتمم للمرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، والذي أجاز بإنشاء محرر رسمي على دعامة إلكترونية، وفي نفس الوقت حافظ على الشكليات التقليدية في تحرير العقود الرسمية والتي يختص بها الموثق، وعليه تحرر العقود الرسمية الالكترونية بواسطة الموثق في حدود سلطته واختصاصه النوعي والمكاني، ما يجعل العقد الرسمي الإلكتروني الرسمي والمحرر بشهادة الضابط العمومي لا يمكن الطعن فيه إلا بالادعاء التزوير أمام الجهة القضائية المختصة، فالمشرع الفرنسي ضبط ركن الشكلية في العقود الالكترونية بتنظيمه للكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية، فموقف المشرع الفرنسي واضحا في مسايرة التقنيات الجديدة سواء في بتنظيمها النظري أو العملي، حيث أن المشرع الفرنسي لم يفرق في تنظيم العقود الإلكترونية بينها وبين العقود التقليدية.

وبالنظر إلى المشرع الجزائري نجده جد متأخر والذي لم يظهر بوادر تبني الكتابة الرسمية الالكترونية، فكان من المفترض مثلما أصدر قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، أن يصدر قانون يتعلق بتنظيم الكتابة الرسمية والجهات المختصة في تحريرها، ولا يهم إن نظمها ضمن الفانون المدني أو في قانون مستقل، المهم أن يتم تكريسها بالنظر إلى أهميتها القانونية والعملية في مجال إبرام العقود الالكترونية، فإذا كانت الكتابة الرسمية مهمة في ابرام العقود الرسمية التقليدية لما توفره من ضمانات للحماية، فإن أهميتها بالنسبة للعقود الالكترونية أكثر بسبب طبيعة هذه العقود التي تبرم عن بعد، والتي

تنشأ فيها الحقوق والالتزامات معلقة في عالم افتراضي، ما يستدعي ضمانات فعالة لتوفير الحماية هذه الحقوق وتنفيذ للالتزامات المترتبة عن عملية التعاقد.

وهذا ما جعلنا نخلص إلى قصور قواعد الشريعة العامة في تنظيم العقود الالكترونية، وعدم مسايرتها للتطورات المعلوماتية والتقنية التي مست العقود، وعدم استيعابها للمفاهيم الحديثة، وهذا ما يستدعي ضرورة تدخل المشرع الجزائري لحل أزمة النظرية العامة للعقود وعجزها في مواكبة التغييرات القانونية الجديدة، وهذا من خلال إصلاح الأسس الكلاسيكية للعقود بتخصيصها بقواعد جديدة تنظم وتشمل التعاقد الالكترونية، وهكذا تصبح هذه الأسس كلاسيكية وحديثة في آن واحد.

المطلب الثاني: استحداث القانون 18-05 الشكلية في العقود التجارية الإلكترونية

تستمر أهمية جودة خدمات الأعمال الإلكترونية في الازدياد، حيث أصبح استخدام التجارة الإلكترونية لدعم أنشطة الأعمال ممارسة روتينية للعديد من المؤسسات[1]، عند تقييم التأثير الاستراتيجي للتجارة الإلكترونية على مؤسسة، ما من المفيد تحديد فرص معاملات التجارة الإلكترونية في جانب الشراء وجانب البيع[2]، لا تزال التجارة الإلكترونية في مراحلها الأولى ومع ذلك، "فهي تنمو بسرعة[3]

حين ظهرت التجارة الالكترونية منذ ثلاثة عقود مضت في القرن الماضي، لم تكن هناك مشكلات عملية وقانونية قد ظهرت بعد لتؤثر على حركة التجارة وتطورها، وذلك لأن التجارة كانت في مهدها، لكنها وفي الوقت الحالي وقد انسابت فيها ملايين بل مليارات الدولارات في حاجة إلى تنظيم تشريعي متكامل، يضع الأطر المناسبة لنشاط هذه التجارة وينظمها، ويكفل الحماية المدنية والجنائية اللازمة للحفاظ على أموال هذه التجارة وبياناتها[4]

تعد التجارة الإلكترونية بعمليات تبادل المعلومات عبر الشبكات الإلكترونية، في أي مرحلة من مراحل سلسلة التوريد، سواء داخل المنظمة، أو بين الشركات، أو بين الشركات والمستهلكين، أو بين القطاعين العام والخاص، سواء كان ذلك مدفوعًا أو غير مدفوع الأجر للتجارة الإلكترونية، وعليه التجارة الإلكترونية لا تقتصر فقط على الشراء والبيع الفعليين للمنتجات، ولكنها تشمل أيضًا أنشطة ما قبل البيع وما بعد البيع عبر سلسلة التوريد، يتم تسهيل التجارة الإلكترونية من خلال مجموعة من التقنيات الرقمية التي تمكن من الاتصالات الإلكترونية، تشمل هذه التقنيات الاتصالات عبر الإنترنت من خلال مواقع الويب والبريد

---

[1] Manuel J. Mendes, Reima Suomi, Carlos Passos, DIGITAL COMMUNITIES IN A NETWORKED SOCIETY e-Commerce, e-Business and e-Government, Kluwer Academic Publishers, the United States of America, 2004, p89.

[2] DAVE CHAFFEY, Digital Business and E-Commerce ManagementStrategy, Implementation, Sixth edition, Pearson Education Limited, United Kingdom, 2015, P14.

[3] Kenneth L. Kraemer, Jason Dedrick, Nigel P. Melville, Kevin Zhu, Global E-Commerce Impacts Of National Environment and Policy, Cambridge University Press, New York, 2006, p33.

[4] عبد الفتاح بيومى حجازى، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004، ص9.

الإلكتروني، بالإضافة إلى الوسائط الرقمية الأخرى مثل اللاسلكية أو الهاتف المحمول والوسائط لتقديم التلفزيون الرقمي مثل الكابل والأقمار الصناعية[1]

حيث يعرف بعض الفقه في أنحاء العالم عقود التجارة الإلكترونية بأنها "مجموع المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات أو بين المشروعات والأفراد أو بين المشروعات والإدارة، ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية واختصار الوقت، فالتجارة الالكترونية ماهي إلا عقد إلكتروني، وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي على أنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن السلع والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بواسطة وسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل[2]

حيث تعتمد التجارة الإلكترونية في بنيتها الأساسية على قاعدة اتصالات حديثة ومتطورة بحاجة إلى حواسيب علمية، وخطوط هاتف، وتجهيزات مرتبطة بها، لذا يجب العمل على توفير كل ذلك، وربط أقاليم البلد الواحد بها مع ربط الدولة مع العالم الخارجي، وهذه المقومات تزداد أهميتها بالنسبة إلى الدول النامية؛ لافتقارها إلى كثير من العناصر الأساسية[3]

تتكون معاملات التجارة الإلكترونية من تبادل المعلومات مثل معلومات المنتج التي يرسلها البائع إلى العميل، والمعلومات المالية التي يرسلها العميل إلى البائع، عادةً من خلال النظام المالي[4]، حيث تستمر التقنيات الإلكترونية واللاسلكية في التطور وتوفر الابتكارات التكنولوجية فرصًا لتطبيقات الأعمال الجديدة والمنتجات الاستهلاكية[5].

---

[1] Dave Chaffey, E-Business and E-Commerce Management Strategy, Implementation and Practice, Fourth edition published, Pearson Education Limited, England, 2009, p11.

[2] محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق، ص 15.

[3] يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2007، ص9.

[4] Manuel J. Mendes, Op.Cit, p132.

[5] P. Candace Deans, E-commerce and m-commerce technologies, IRM Press, the United States of America, 2005, P6.

يتمتع المستهلكون والمهنيون بحقوق مختلفة بموجب القانون الفرنسي، ويتم الحفاظ على هذا التمييز بشكل صارم في عالم الإنترنت، إذا كانت عملية إنهاء العقد تتضمن مستهلكًا؛ فإن أحكام قانون المستهلك ستطبق فوق أحكام القانون المدني، تنبع خصوصية قانون المستهلك الفرنسي على الإنترنت من الأهمية السابقة لجهاز Minitel، وهو جهاز عن بعد جعل السكان الفرنسيين على دراية بالشراء عبر الإنترنت، ونتيجة لذلك وضع المشرع مجموعة من القواعد بشأن البيع عن بعد قبل تطوير الإنترنت، لفترة طويلة لم يكن هناك شعور بالحاجة إلى تطوير مجموعة من القواعد الخاصة بالإنترنت حتى بعد سن التوجيه الصادر في 20 مايو 1997 بشأن إبرام العقود عن بعد، لم يتطور هذا الموقف بشكل أساسي منذ سن توجيه التجارة الإلكترونية[1]

أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 230/2000 في شأن قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، ولم يتضمن تعريفا محددا للتجارة الإلكترونية، ولكن عرف التقرير المقدم من مجموعة العمل المشكلة برئاسة السيد لورنتز Lorentz لوزارة الاقتصاد الفرنسية في يناير 1998 التجارة الإلكترونية بأنها " تشمل مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض؛ أو بين المشروعات والأفراد؛ أو بين المشروعات والمؤسسات الإدارية "، تبنى هذا التقرير مفهوماً موسعاً للتجارة الإلكترونية، حيث يرى أن التجارة الإلكترونية تشمل الأنشطة البنكية باعتبار أنها تساهم في إبرام المعاملات التجارية عن طريق أنظمة الدفع الإلكترونية[2]

إن إمكانات التجارة عن بعد هائلة اليوم، حيث مع ظهور الإنترنت أصبح بإمكان المستهلكين الوصول بشكل أسرع إلى العديد من المنتجات ومقارنة الأسعار، وحتى إتمام الصفقة وتنفيذها بالكامل دون مغادرة راحة غرفة المعيشة الخاصة بهم، ومع ذلك فإن العديد من مشاكل الدفع والتسليم تعيق تطور التجارة

1 Gerald Spindler, E-Commerce Law in Europe and the USA, Springer, New York, 2002, P77

[2]خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص32

الإلكترونية للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يريد من إجراء عملية الشراء عبر الإنترنت التأكد من أن معاملته محمية وآمنة وموثوقة، فالمستهلك يأمل بالنظر إلى إيجابيات التجارة الإلكترونية أن تكون بقدر الحماية المطلوبة[1]

حيث تتصف التجارة الإلكترونية بالدخول إلى الأسواق العالمية وتحقيق عائد أعلى من الأنشطة التقليدية، كما عملت التجارة الإلكترونية على إلغاء الحدود والقيود أمام الأسواق التجارية وتحول العالم إلى سوق مفتوح أمام المستهلك، إضافة إلى سهولة الاتصال عن طريق التقنيات العلمية والشبكة الدولية وعدم الحاجة إلى التنقل وتكبد نفقاته والإقامة، وغير ذلك من النفقات وتقليص الأوراق أو الوثائق المتبادلة عند إنجاز وتنفيذ المعاملات[2]

وبالتالي مجال التجارة الإلكترونية هو مرحلة جديدة على رجال القانون، كما أن القوانين الحالية ليست كافية لمواجهة هذا الوليد الجديد في مجال العلاقات التجارية الدولية، وإزاء هذا الوضع التشريعي بدأت المنظمات الدولية في إصدار التوجيهات والقوانين النموذجية التي تتناسب وطبيعة المعاملات الإلكترونية، كما بدأ رجال القانون يقترحون الحلول ويطالبون المشرع بالتدخل بوضع قانون ينظم المعاملات الإلكترونية، وقد أدى ذلك إلى أن يتجه مشرعو بعض هذه الدول إلى إضافة بعض التعديلات في القوانين الحالية، بينما اتجه البعض الآخر إلى صياغة قانون مستقل ينظم المعاملات التجارية الإلكترونية، وهو ما قام به المشرع في دولة الأمارات العربية المتحدة[3]

[1] Charlaine Bouchard et Marc Lacoursière, "Les enjeux du contrat de consommation en ligne", Revue générale de droit, Volume 33, numéro 3, 2003, P374.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص7.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 9.

وقد فرضت التجارة الإلكترونية نفسها بقوة خلال الحقبة الأخيرة من القرن العشرين، مما نتج عنه تغير للمفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية، وتغيرت معه نظم الإثبات كذلك[1]

على غرار التشريعات الأخرى توجه المشرع الجزائري هو الأخر نحو مسايرة التغيرات التي أثرت على نظرية العقد، من خلال إصداره للقانون رقم 18/05 المؤرخ يوم 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والذي تضمن كيفية إبرام العقود الإلكترونية ما بين المورد والمستهلك، ملزما في ذلك التوثيق الإلكتروني للمعاملة التجارية الإلكترونية، في محاولة منه مواكبة التطورات التكنولوجية والمعلوماتية من جهة، وتوفير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة أخرى، معتمدا في ذلك على ضرورة إفراغ المعاملة التجارية الإلكترونية في قالب إلكتروني رسمي وتوثيقه باللجوء إلى الموثق الإلكتروني ومقدم خدمات التصديق الإلكتروني، حيث نستهل الدراسة وفق هذا المطلب إلى فرعين، الأول، التوجه التشريعي نحو تكريس الرسمية الإلكترونية، والثاني آفاق إستراتيجية قانون 18-05 في تكريس الرسمية الإلكترونية.

[1]إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته" الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008، ص19.

الفرع الأول: التوجه التشريعي نحو تكريس الرسمية الإلكترونية

تعد التجارة الإلكترونية أسلوباً متميزاً في عقد الصفقات التجارية الناجحة، كما توفير فرص الاستثمار بعيدا عن معيقات التجارة التقليدية المتمثلة في الإجراءات الروتينية العقيمة، وبيروقراطية المكاتب الرسمية، وهي وسيلة فعالة في تنفيذ وتنشيط وتنظيم المشروعات، وتحقيق أهدافها المتمثلة في المحافظة على حقوق أصحاب المشاريع وزيادة الربحية وسرعة دوران رأس المال، مما يدفع المستثمرين ورجال الأعمال إلى الدخول عبر هذه التقنية بكل ثقة وطمأنينة[1]

تعتبر ثورة تكنولوجيا والمعلومات التي شهدها العالم في الوقت الراهن من بين مستجدات عصر الرقمنة التي أحدثت عدة تغيرات مست مجالات وقطاعات مختلفة، وعملت على ادخال مفاهيم تقنية فأسفرت عن ظهور ما يسمى ب "تجارة العصر والمستقبل" أي التجارة الالكترونية، ولقد اعتمدت كافة الدول التي تبنت أسلوب التعامل بالوسط الافتراضي في ظل تشريعاتها الداخلية على تنظيم نمط التعاقد إلكترونيا كأحد الأساليب التعاقدية لممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، والدفع بعجلة تطور هذا الاقتصاد الرقمي لترقية اقتصادها الوطني ومن بين هذه الدول، نجد الدولة الجزائرية بحيث سعى المشرع في سنة 2018 إلى إصدار القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كأحد الدعائم التشريعية لتنظيم جل أحكام وقواعد إبرام العقد الإلكتروني؛ لغرض إضفاء طابع الثقة والأمان في نفوس المتعاملين الاقتصاديين على الصعيد الدولي خاصة[2]

دأب المشرع الجزائري إلى مسايرة التشريعات المقارنة التي اتجهت نحو تكريس الرسمية الإلكترونية في المعاملات التجارية الإلكترونية، فكانت أول خطوة له عند إصداره قانون 18-05 المنظم لعقود التجارة

---

[1] هاني وجيه العطار، المرجع السابق، ص 14.

[2] MAAZI Djihad, AMROUNE Celia, "Electronic contract: A Legal mechanism for the e-commerce An analytical study under law no 18/05 ; related to e-commerce", The journal of El-Ryssala for studies and research in humanities, Algeria, Volume 07, N° 01, février 2022, P413.

الإلكترونية، التي لم تجد ضالتها المنشودة في قواعد الشريعة العامة، حيث سنتطرق في هذا الفرع إلى تنظيم العقود الإلكترونية في القانون المدني، وملامح تكريس الرسمية الإلكترونية في قانون 18-05.

أولا- تنظيم العقود الإلكترونية في القانون المدني

تضمن القانون المدني الجزائري مسألة تنظيم العقود في الكتاب الثاني تحت عنوان الإلتزامات والعقود، وخصص الفصل الثاني للعقود حيث وضع الإطار القانوني والتنظيمي لها، إلا أنه لم يتضمن التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية وكيفية إبرامها، واكتفى بنص المادتين (323 مكرر، 323 مكرر1)، الأولى متعلقة بالكتابة الإلكترونية والثانية بالتوقيع الإلكتروني.

1-العقد الرسمي

يعرف بعض الفقه العقد التوثيقي الالكتروني بأنه: "محرر الكتروني يثبت فيه موظف عام (موثق) ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية المقررة في حدود سلطته واختصاصه، ولقد نصت المادة 3 من قانون التوثيق رقم 06/02 على أن: " الموثق ضابط عمومي مفوض من السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية"[1]

يعتبر العقد الرسمي بمفهوم القانون المدني الجزائري، بأنه العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[2]

نستشف من هذا التعريف أن المشرع الجزائري كرس الكتابة الرسمية في العقود التي تستوجب توفرها فيها، وأسند إختصاص هذه الرسمية للموثق أو موظف عمومي الذي يقوم بناء على السلطة الممنوحة له

---

[1]ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص873.

[2]المادة 324 الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 78 بتاريخ 30 أكتوبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44.

بتوثيق العقد حسب الشكل القانوني، أي أن مشرعنا جعل من هذه الشكلية ركن ضروري لقيام العقد إلى جانب الأركان الأخرى.

كما أن الملاحظ من خلال هذه المادة أنها تسري فقط على العقود العادية أو التقليدية التي يكون فيها مجلس العقد مادي وحقيقي، ولم تنص على العقود الإلكترونية وكيفية إبرامها، ومن المستحيل أن تسري هذه الأحكام على العقود الإلكترونية التي تتميز بطبيعة خاصة من حيث البيئة الرقمية التي تنشأ فيها ومن حيث مجلس العقد الحكمي، وأيضا الإرادة التي تكون تطابق الإيجاب والقبول فيها إفتراضيا، مما يستدعي ضرورة تدخل المشرع بوضع قواعد قانونية خاصة تتلائم وخصوصية هذه العقود، فالقانون المدني لم يتطرق إلى المجال التعاقدي الإلكتروني إلا من خلال المادة 323 مكرر المتعلقة بالكتابة الإلكترونية، والمادة 323 مكرر 1 المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، وهما مادتين جديدتين بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

وهذا إن دل فيدل على محاولة المشرع مواكبة التطور العلمي والتكنولوجي الذي أدى إلى ظهور عقود جديدة، خاصة أنها تخرج عن نطاق الشريعة العامة، ومن هنا يمكن القول إن القواعد الكلاسيكية للقانون المدني أضحت عاجزة تماما عن مسايرة التغيرات التي شهدتها النظرية العامة للعقد.

والعقد الالكتروني هو اتفاق يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا، أو أنه "العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه كليا أو جزئياً من خلال الوسائط الالكترونية، وبدون الحضور المادي للمتعاقدين، ويتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، ويتم تبادل الإيجاب والقبول بطرق سمعية أو بصرية عبر الشبكة الدولية للمعلومات دون الحاجة لالتقاء أطرافه[1]، حيث عرفه الفقه الأمريكي بأنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا تنشئ التزامات تعاقدية، وعرفه

[1]جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، "ضمان مطابقة المبيع في عقود الاستهلاك الالكتروني " دراسة مقارنة ""، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة دمياط، العدد الأول، 2020، ص8.

الفقه الفرنسي بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل[1].

قد جاء في عرض أسباب المشروع التمهيدي للقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني مايلي:" هناك إعتبارات خارجية تستلزم إعادة النظر في القانون المدني، فإن الأحداث تجاوزته خاصة في ميدان التكنولوجيا، لا سيما التعامل عن طريق الإنترنت واستعمال الوثائق والسندات الإلكترونية بدلا من إستعمال الورق"[2]

نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 05 على أنه:" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة، حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني "، بحيث قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 234567 بتاريخ 23/02/2000/ على أنه من الثابت قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، وبهنا فإن المحررات الرسمية الالكترونية تتمتع بقوة ثبوتية تفوق المحررات العرفية الالكترونية، نظرا لما تحاط به من ضمانات قانونية، لذلك أضفت عليها التشريعات حرية مطلقة في الإثبات، بحيث أن المشرع المصري في القانون رقم 10 سنة 2004 أضفى صفة الرسمية على المحرر الرسمي الالكتروني مما يجعل منه حجة على الكافة، وذلك في المادة 16 منه على أنه :" الصور المنسوخة على الورق من المحرر الرسمي الالكتروني حجة على الكافة، بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودون على الدعامة الالكترونية."، ويلاحظ من خلال

---

[1] جبارة نورة، "أثر التحولات التكنولوجيا على النظرية العامة للعقد: العقد الالكتروني"، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، الجزء 01، العدد 14، 2020، ص173

[2] زمام جمعة، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة العفرون البليدة، المجلد 06، العدد 02، 2017، ص240-241.

هذه المادة أنه لكي تتمتع صورة المحرر بذات القوة الثبوتية للأصل الالكتروني، تطلب المشرع أن يكون الأصل الالكتروني موجودا وموقعا الكترونيا[1]

كما نلاحظ من منظورنا الخاص أن تعديل القانون المدني الصادر في 2005، يحمل دلالات على إهتمام مشرعنا بالعقود الإلكترونية التي لاقت توسع كبير في مختلف المجالات، الأمر الذي جعله يسرع في وضع مادتين بخصوص التعاقد الإلكتروني، بالرغم أنه يعلم أن مسألة تنظيم العقود الإلكترونية من المستحيل تنظيمها بمادتين فقط، فالمشرع أراد وضع بصمته في إستعداده لإثراء هذا المجال مستقبلا، مما جعله فعلا يصدر القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وأيضا إصداره للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين التي أصدرها مشرعنا فيما يخص العقود الإلكترونية جاءت متأخرة بعض الشيء مقارنة مع التشريعات الأخرى .

2-خصوصية العقد الإلكتروني

لقد تطرق قانون التجارة الإلكترونية إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه:" العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني[2]"

نستشف من خلال هذا التعريف أن المشرع في قانون التجارة الإلكترونية، إستند في تعريف العقد الإلكتروني إلى قانون المحدد لقواعد الممارسات التجارية، الذي لم يفصل في تعريف العقد الإلكتروني، وإنما

---

[1] العروي زواوية، قماري نضيرة بن ددوش، "حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد السابع، ديسمبر 2016، ص 429.

[2] المادة 6 من القانون رقم 18-05، مورخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 ماي سنة 2018، ص 5

إكتفى بذكر وسيلة التعاقد التي تكون عن بعد دون الإلتقاء الفعلي للمتعاقدين في مجلس حقيقي واحد، بل التعاقد يتم من خلال شبكة الأنترنت أين يكون التواصل إفتراضي في بيئة رقمية.

فالمشرع عرف العقد الإلكتروني في جزء منه بالإحالة إلى أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وفي جزئه الآخر اشترط وجوب إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني، وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 04 - 02 السابق الذكر نجده اعتبر العقد الذي أحال إليه القانون رقم 18 - 05 السابق الذكر، كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا[1]

كان من الأجدر على مشرعنا لو خص تعريف جديد ومفصل للعقد الإلكتروني ضمن قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، دون الرجوع إلى القوانين السابقة التي لم تعطي تعريف جامع ومانع للعقد الإلكتروني، فكان عليه تدارك هذا النقص بنصه على مفهوم دقيق يتناسب وقانون التجارة الإلكترونية.

ففي ظل البيئة الرقمية طرحت عدة تساؤلات بشأن التعاقد الإلكتروني من حيث ضمان سلامة إنعقاده عبر الأنترنت لاسيما في فضاء لا مادي، وأيضا فكرة التراضي الرقمي التي تبين أن هذه الاختلافات عن طبيعة العقود التقليدية تجعل القواعد العامة الكلاسيكية للقانون المدني لا تواكبه[2]

---

[1] إكرام رقيعي، "خصوصية التوقيع الإلكتروني في العقد التجاري الإلكتروني على ضوء القانون رقم 18-05"، المرجع السابق، ص 1672

[2] زمام جمعة، المرجع السابق، ص 240

ثانيا- ملامح تكريس الرسمية الإلكترونية في قانون 18-05

إهتم المشرع الجزائري بتكريس الرسمية الإلكترونية من خلال قانون 18-05، ويتجلى إهتمامه في نص المادة 10 من نفس القانون التي تلزم توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية، بعقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني .

1-توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية

أمام عجز وقصور القواعد القانونية التقليدية على توفير الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني، فقد استقطبت حماية هذا الأخير اهتمام جل التشريعات الدولية والوطنية، من خلال تعديل القوانين القائمة للتناسب وطبيعة الحماية المطلوبة، أو إصدار ترسانة قانونية خاصة تهدف إلى تعزيز حماية المستهلك من مخاطر الغش والتدليس التي قد يقع فيها جراء التعاقد بواسطة شبكة الأنترنت، نظرا لافتقاره للثقافة المعلوماتية[1]

المحرر الرسمي الإلكتروني هو عبارة عن المحرر الالكتروني الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، وتعد أيضا الكتابة الالكترونية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر الكتروني، بناء على ما تم على يديه، أو وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[2]، ومنه فالكتابة الالكترونية هي تلك المعلومات الرقمية التي تنشأ أو ترسل أو تنقل على دعامة الكترونية مهما كان مصدرها والكتابة نوعان كتابة صوتية وهي كتابة يمكن نطقها، وكتابة تأتي في شكل علامات ورموز لا يمكن نطقها، وتتدرج الكتابة الإلكترونية تحت هذا النوع لأنها عبارة عن ومضات كهربائية، حيث بالضغط على أزرار لوحة المفاتيح أو المدخلات بصفة عامة يتم

---

[1]جقريف الزهرة، "الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 3 ،2020، ص188.

[2]العروي زواوية، قماري نضيرة بن ددوش، المرجع السابق، ص 426-427.

إنشاء ومضات كهربائية تحول إلى اللغة التي يفهمها هذا الجهاز، ويبقى هذا المستند بالصورة المفهومة للعقل البشري"[1]

فالتوثيق الالكتروني وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، ويتولاه شخص أو جهة أو كيان محايد يعرف بمقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التوثيق وعرف من جهات مختلفة منها المعهد الوطني للعلوم والتكنولوجيا في الولايات المتحدة الأمريكية عرفه بأنه " الإجراءات التي من خلالها يتم خلق الثقة في هوية المستخدم لنظم معلوماتية آلية بطريقة آلية"[2]

تعرف التجارة الإلكترونية حسب قانون 18-05، بالنشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الإتصالات الإلكترونية[3]

كما تعرف بأنها نظام إلكتروني يتيح التعامل في السلع والخدمات، في صيغة إفتراضية أو رقمية، وتنفيذ العقود المتعلقة بهذه السلع والخدمات[4]

تنص المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه:" يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني."

نستشف من خلال إستقرائنا لنص المادة وجوب توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية بعقد إلكتروني، ويشترط فيه إلزامية المصادقة عليه من طرف المستهلك الإلكتروني، وهذا بعد قيام المورد الإلكتروني بعرض تجاري هدفه تبصير المستهلك الإلكتروني بطبيعة السلع أو الخدمة، تدخل المشرع من خلال القانون 05/18

---

[1] غول سليمة، شويرب جيلالي، "حجية المحررات الإلكترونية كدليل إثبات في معاملات التجارة الإلكترونية"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 15، عدد 3، جويلية 2023، ص 225.

[2] أحمد العطري، حسين بطيمي، "مكانة العقود الرسمية من التجارة الالكترونية""، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 1، مارس 2020، ص282.

[3] المادة 6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

[4] مشتي آمال، "التجارة الإلكترونية في الجزائر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، 2018، ص 242

ونظم المرحلة السابقة لإبرام العقد، وأوجب طبقا لنص المادة 10 منه أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني، الهدف منه معرفة هوية المورد الإلكتروني والتأكد من عناوينه المادية والإلكترونية، والاطلاع على شروط العقد وتنفيذه، وكل ما يتعلق بتفاصيل الطلبية من ماهية المنتوجات والخدمات والثمن، وهذا لتمكين المستهلك للتعاقد في ووضوح ودراية[1]، فحق المستهلك في الإعلام ضروري لحمايته ومساعدته في إتخاذ قرار بالتعاقد أو عدمه، وهو شرط يندرج ضمن عقود التجارة الإلكترونية[2]، عقد التجارة الإلكترونية الدولي هو أولاً وقبل كل شيء عقد وفي هذا فإنه يدعم عناصر تعريف العقد الواردة في القانون المدني[3]

فقد يلجأ المورد إلى التغاضي عن سلامة وأمن المستهلك بإيهامه بمزايا غير حقيقية في إنتاجه، ولذلك وجب حماية المستهلك والبحث عن الوسائل اللازمة لذلك[4]

كما نرى أن إختيار مشرعنا لمصطلح التوثيق كان مقصودا وغرضه وضع وإفراغ المعاملة التجارية الإلكترونية في قالب رسمي، إلا أنه لم يفصل في إجراءات التوثيق والجهات المختصة بها، فحبذا لو تناول مسألة التوثيق بالتفصيل خاصة إقتناءه للمصصلحات الدقيقة، مدام بصدد تنظيم عقود التجارة الإلكترونية فيكون التوثيق إذن إلكتروني الأمر الذي أغفل عنه المشرع، على عكس المشرع الفرنسي الذي أصدر المرسوم رقم 973 لسنة 2005 حتى يسمح بتوثيق المحرر الإلكتروني، وأول أمر نص عليه المرسوم في المادة 16 هو ضرورة أن يقوم الموثق بإنشاء نظام المعالجة ونقل البيانات، هذا النظام يجب أن يتوافر فيه

---

[1] فتحي دريس كمال، وبدر الدين مرغني حيزوم، "مسؤولية المورد الإلكتروني"، دراسة اقتصادية وقانونية، Revue des Reformes Economiques et Iategration En Economie Mondiale، المدرسة العليا للتجارة الجزائر، المجلد 13، العدد 03، 2019، ص 5

[2] يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، مصر، 2011، ص103

[3] M'hamed Toufik Bessai, "Le contrat du commerce électronique, nouveau contrat du droit de de la consommation", La Revue d'enseignant chercheur des études juridiques et politiques – Algérie, vol 07 - Octobre 2022, P646.

[4] يوسف حسن يوسف الاقتصاد الإلكتروني، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص 162

ثلاثة شروط؛ أن يتم اعتماده من المجلس الأعلى للموثقين، أن يتضمن سلامة وسرية محتويات المحررات التي يتم نقلها عبره، أن يكون متصلا مع الأنظمة الأخرى التي يتم إنشاؤها من قبل الموثقين الآخرين في فرنسا.

وتجدر الإشارة إلى أن الموثقين في فرنسا أنشئوا شبكة داخلية بينهم تسمى" real" تمكنهم من تداول الوثائق أو المحررات بين الموثقين داخل هذه الشبكة، ووجود هذه الأخيرة شجع المشرع الفرنسي على إصدار المرسوم رقم 973 لسنة 2005[1]

يعد الموثق الإلكتروني طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية، والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل، وكذا جديته وبعده عن الغش والاحتيال[2]

ويجب التمييز بين التوثيق الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، فالأول عبارة عن منظومة خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط لتوثيق المعاملات بين طرفين متعاقدين، وذلك بإصدار شهادة إلكترونية، أما التصديق الإلكتروني فيتم بعد إستخراج الشهادة فيفحص مصداقيتها، والمقصود بسلطة التوثيق الإلكتروني هي الهيئة العامة أو الخاصة التي تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالبًا من ثلاثة مستويات مختلفة من السلطة، تتصدر المرتبة العليا" السلطة الرئيسية التي تختص بالتصديق على تكنولوجيا، وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، تليها في المرتبة "سلطة التصديق" وهي جهة خاصة بعملية التصديق، على أن المفتاح العام لأحد

[1]بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 2015، ص 203-204.

[2]أحمد بولكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، "عقود التجارة الإلكترونية وحجية التوقيع الإلكتروني"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 53

المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص للمستخدم، أما في المستوى الأدنى تأتي "سلطة تسجيل محلية" ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير العام والخاص، والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء[1]

فالمعاملات الإلكترونية تتم بين أطراف، عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، مما يستدعي ضرورة توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، و تحديد حقيقة التعامل و مضمونه، فإذا تمثل التعامل الإلكتروني في إبرام عقد ما فإن ذلك يستلزم التحقق من إرادة التعاقد وصحته، وكذلك التيقن من طبيعة التعاقد ومضمونه وهذا بقيام الموثق الإلكتروني بأساليبه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية، ومن جدية هذه الإرادة؛ ومدى صحتها؛ وعدم وقوعها في عيوب الغلط أو التدليس أو الإكراه والإستغلال، بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديدا دقيقا تمكن المتعامل من الإعتماد عليها في تعاملاته[2]

كما يلتزم الموثق الإلكتروني بإنشاء فهرس إلكتروني يقوم بتسجيل كل بيانات المحررات الإلكترونية الرسمية، التي يقوم بإنشائها الفهرس الذي يكون موقعا إلكترونيا من رئيس مجلس الموثقين، ولابد من أن يتوفر توقيعه على الشروط المنصوص عليها قانونا، ويشمل الفهرس تاريخ المحرر الإلكتروني الرسمي، طبيعة العقد وأسماء أطراف العقد، ويكون لهذا المحرر نفس الحجية التي يتمتع بها المحرر الرسمي في الإثبات[3]

---

[1]بلقاسم حامدي، المرجع السابق، من 242

[2]عمرو عبد المنعم دبش، "إثبات المستندات الإلكترونية" الإثبات الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 04، العدد 01، 2019، ص 49.

[3]بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 204

وتقوم جهات التوثيق بإصدار المفاتيح الإلكترونية سواء المفتاح الخاص أو العام، فالأول يقوم بتشفير التعاملات الإلكترونية والثاني يتم بواسطته فك التشفير، وتخضع جهات التوثيق لإشراف الدولة التي تقوم بتحديد القواعد والإجراءات التي تنظم عملها[1]

وبالتالي فإن هدف جهة التوثيق هو ضمان سلامة وتأمين التعامل عبر الوسائط الإلكترونية، من حيث أطرافه ومضمونه ومحله وتاريخه[2]

إذا كانت النظرية العامة للعقود وقانون حماية المستهلك، المكتملة بالفعل من حيث حماية المستهلك، تبدو قابلة للتطبيق على تكوين العقود الإلكترونية وبالتالي ضمان حماية المستهلك الإلكتروني، فإن خصوصيات هذه العقود تتطلب تدخل القواعد الجديدة في الواقع، تنص المادة 19 من القانون رقم 18-05 بشأن التجارة الإلكترونية على أنه "عند إبرام العقد الإلكتروني، يتعين على المورد الإلكتروني إرسال نسخة إلكترونية من العقد المذكور إلى المستهلك الإلكتروني"

فالكتابة وسيلة حماية لأنها تهدف إلى لفت انتباه المستهلك إلى أهمية الالتزام ومع ذلك، يمكن للمرء أن يتساءل عما إذا كان العرض البسيط للشروط المكتوبة على شاشة الكمبيوتر له نفس قيمة الكتابة على الورق، وبالتالي يجعل من الممكن الاستجابة لجوهر هذه الشكلية[3].

ألزمت المادة 13 من قانون التجارة الإلكترونية أن يتضمن العقد الإلكتروني المعلومات الآتية وهي:

-الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات

-شروط وكيفيات التسليم

-شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع

[1] عمرو أحمد عبد المنعم دبش، المرجع السابق، ص 49

[2] عقوني محمد، بلمهدي براهيم، "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 14، العدد 01، 2019، ص 310.

[3] HARRAT Mohammed,Op.Cit, P607.

-شروط فسخ العقد الإلكتروني

-شروط وكيفيات الدفع

-شروط وكيفيات إعادة المنتوج

-كيفيات معالجة الشكاوى

-شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء

-الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء

-الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه[1]

نستنتج من خلال نص المادة أن المشرع حدد بيانات إلزامية لابد من توفرها في العقد الإلكتروني، والملاحظ أنها كلها بيانات هامة خاصة فيما يتعلق بالمنتوج وكيفية تسليمه، والشروط المحددة لكيفية الدفع وأيضا إعادة المنتوج، وحتى الجهة القضائية المختصة بالفصل بالنزاع الممكن قيامه مستقبلا، وهذا يدل على إهتمام مشرعنا بكل التفاصيل التي تجعل التعاقد تحت المجهر وواضح من جميع النواحي، مما يضمن حقوق المستهلك الإلكتروني عند إبرام العقد و تنفيذه، ولم تتضمن نفس المادة النص على الجزاء المترتب عند تخلف هذه البيانات، وإنما تطرق له المشرع في مادة أخرى، ألا وهي المادة 14 من نفس القانون والتي سنفصل فيها في الجزء القادم

2-مصادقة المستهلك الإلكتروني

لقد تدخلت الكثير من التشريعات لتأكيد العلاقة بين التوقيع الإلكتروني والموقع بطرف ثالث محايد سمته بمقدم خدمات المصادقة الإلكترونية، أعطته صلاحيات إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة[2]

---

[1]مقلاتي مونة، فراح ربيعة، مسؤولية المورد الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية على ضوء قانون 18/05، الملتقى الدولي التجارة الإلكترونية في الجزائر واقع وأفاق، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك، تمنغاست، يومي 18 و19 نوفمبر 2020، ص 7.

[2]بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 237.

يعد التوقيع الإلكتروني إحدى الطرق الإلكترونية التي تسهم في إثبات العقود والمعاملات التجارية، حيث توفره في السند الإلكتروني يعطي الثقة والأمان بين المتعاملين ويبرز دوره في مدى الأخذ بحجيته في الإثبات، ومن أهم أشكاله التوقيع بالقلم الإلكتروني، التوقيع الكودي والتوقيع البيومتري، البصمة الإلكترونية[1]

التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن حروف وأرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد، تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره، ويتم إعتماده من الجهة المختصة، ويعتمد هذا التوقيع على قلم خاص يتم به التوقيع يدويا على شاشة الكمبيوتر أو على لوح رقمي، وعندئذ يتم تحليل التوقيع الخطي عن طريق الكمبيوتر، وتخزينه كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات، كما يمكن للمتلقي عرضها على شاشة الكمبيوتر للتوثيق، والتي من المفترض أن عينات من التوقيع الخطي قد سبق تحليلها وتخزينها بواسطة الأدوات الإحصائية[2]

ولقد تطرقت المادة 2 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إلى تعريف الموقع الإلكتروني بأنه:" كل شخص طبيعي يحوز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله"[3]

اعتمد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 قانون مدني المعدلة بالقانون 05-10 والتي تنص على:" ... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323

---

[1] حكيم نشاد، حشروف فاطمة الزهراء، صديقي وحيدة، "المستهلك الالكتروني وآليات حمايته في عصر الاقتصاد الرقمي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو، المجلد 1، العدد 2، 2018، ص 228.

[2] بغدادي إيمان، "التوقيع الالكتروني كبديل للتوقيع التقليدي في التجارة الالكترونية"، مجلة الاقتصاد الدولي والعولمة، جامعة الجلفة، المجلد 02، العدد 04، 2019، ص 18.

[3] باطلي غنية، "فعالية التوقيع الإلكتروني في توثيق البيانات والكتابة الإلكترونية"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف، المجلد 02، العدد 01، 2020، ص 108

مكرر أعلاه..."، وتتجلى هذه الشروط وفق المادة 323 مكرر 1 في قدرة التوقيع على تحديد هوية الموقع الذي أصدره، وأن يكون معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته[1]

ثم أصدر المشرع الجزائري قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فخصص الباب الثاني لتقنية التوقيع الإلكتروني، وميز بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع المؤمن، فعرف النوع الأول أنه " بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة التوثيق"، فالملاحظ أن المشرع ركز في تعريفه على وظيفة التوقيع المتمثلة أساسا في التوثيق سواء توثيق هوية الموقع أو بيانات المحرر.

عرفت المادة 7 من نفس القانون التوقيع الإلكتروني المؤمن أنه:" التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الأتية: أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة؛ أن يرتبط بالموقع دون سواه؛ أن يمكن تحديد هوية الموقع؛ أن يكون مصمما بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع؛ أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به؛ بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات"[2]

يعرف التصديق الإلكتروني بمجموعة الإجراءات الرامية إلى تحقيق الثقة والأمان، من خلال ربط التوقيع الإلكتروني بالموقع على وجه اليقين، والتأكد من صدوره ممن له الحق بممارسة التصرف القانوني الوارد في المحرر الإلكتروني، كما عرف بأنه عملية تقنية تستهدف التحقق من أن المفتاح العام للتوقيع الإلكتروني يرتبط بالمفتاح الخاص العائد للشخص الموقع[3]

---

[1] عدمان مريزق، بوقلاشي عماد، "الأمن المعلوماتي في ظل التجارة الالكترونية- إشارة إلى حالتي تونس والجزائر"، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة الجزائر، المجلد 1، العدد 02، 2010، ص 21

[2] عبيزة منيرة، "التوقيع الالكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 02، العدد 01، 2018، ص 185

[3] محمد كريم، "معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2017، ص 691

لقد تطرق التشريع الجزائري في القانون 15-04 إلى تعريف مقدم خدمات التوثيق، بأنه:" شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني"[1]

فالمستهلك الإلكتروني ملزم بالمصادقة على العقد الإلكتروني، وما يقصده المشرع هنا هو أن يوقع المستهلك التوقيع الإلكتروني، وتصادق عليه جهة مختصة والتي تقوم بإثبات أن المستهلك الإلكتروني هو صاحب التوقيع الإلكتروني المطلوب المصادقة عليه، لأن المستهلك لا يمكنه أن يصادق لنفسه، وإنما هي من مهام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

من خلال ما سبق يمكننا تعريف الكتابة الرسمية الإلكترونية بالكتابة التي تكون أمام الموثق الإلكتروني، بإصدار شهادة إلكترونية تشمل توقيع الأطراف ومضمون التعاقد الإلكتروني.

الفرع الثاني: آفاق إستراتيجية قانون 18-05 في تكريس الرسمية الإلكترونية

عمد المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية إلى السير نحو تجسيد الرسمية الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية، حيث أخرجها من نطاق الكتابة العرفية وخصها بجهات مختصة في التوثيق والتصديق الإلكترونيين، بغية إرساء قواعد تخدم مجال التعاقد الإلكتروني لما يتميز به من خصوصية، وتجعله مستقطب من قبل الكثير من الأفراد، وهذا راجع إلى الضمانات التي توفرها الرسمية الإلكترونية للمتعاقدين، حيث سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعزيز سبل الحماية للمستهلك الإلكتروني، وتعزيز الاستقرار العقدي الإلكتروني.

---

[1] المادة 2-12 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 7

أولا- تعزيز سبل الحماية للمستهلك الإلكتروني

لا يتردد العديد من تجار الإنترنت في إغراق المستهلك في سيل من المعلومات، هذا الأخير لا يعرف دائمًا كيفية التمييز بين المفيد وغير الضروري، وفي النهاية لا يهتم كثيرًا بهذه الأشياء معلومات ما قبل التعاقد، لا يتمثل التحدي في إجبار التجار عبر الإنترنت على إفشاء أكبر قدر ممكن من المعلومات بقدر ما يكمن في تشجيعهم على التركيز على أكثر المعلومات ذات الصلة الممكنة في قرار المستهلك "" علاوة على ذلك، تعتمد جودة معلومات المستهلك، وما وراء تلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية حول القدرة على تأديب التجار عبر الإنترنت[1]

إن الرسمية الإلكترونية تعتبر أكبر ضمانة قانونية لحماية حقوق المتعاقدين في العقود الإلكترونية، خاصة بالنظر إلى المخاطر والاعتداءات التي يتعرض لها المستهلك الإلكتروني من طرف التاجر أو المورد الإلكتروني، وبالتالي توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية تخدم بشكل كبير المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الإلكترونية.

1-ضمانة الإثبات الإلكتروني

إنتقل المشرع من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري من النظام الورقي إلى النظام الإلكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات طبقا لنص المادة 323 مكرر من نفس القانون[2]

---

[1] Serge Kablan et Arthur Oulaï, "La formalisation du devoir d’information dans les contrats de Cyberconsommation : analyse de la solution québécoise", Revue de droit de McGill, Volume 54, numéro 4, winter 2009, p P667/668

[2] أحمد بولكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 52.

كما نصت المادة 327 من القانون المدني على أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون[1]، كما أقر بحجية التوقيع الإلكتروني وفق نصوص خاصة تنظمه في القانون 15-04 السالف الذكر[2]

ولقد ميز المشرع بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني الموصوف في تحديد حجية التوقيع الإلكتروني، أي أن حجيته مرتبطة بكفاءة التقنية المستخدمة، ونصت المادة الثامنة من القانون 15-04 على أنه:" يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي."

من خلال المادة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المشرع أعطى للتوقيع الإلكتروني الموصوف حجية تضاهي التوقيع التقليدي، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني العادي فيتمتع أيضا بالحجية القانونية، مع أنه لا يستوفي لمتطلبات التوقيع الموصوف، ومع هذا يرفض على القاضي إستبعاده لأنه يعتبر كدليل أمام القضاء، حسب ما جاء في نص المادة 9 من القانون السابق الذكر، إلا أنه لم يحدد درجة قوته ومنه يكون للتوقيع الإلكتروني العادي حجية في الإثبات، لكن لا تضاهي القوة التي يتمتع بها التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني الموصوف[3]

فالمشرع أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من حيث الأثر والحجية في الإثبات[4]

---

[1] أمينة قهواجي، ليلى مطالي، "الإطار المفاهيمي والقانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين في الجزائر"، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، المجلد 04، العدد 08، 2019، ص28.

[2] مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 93.

[3] عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 198

[4] مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2017، ص 298.

ويعتبر التوقيع بمثابة شكلية أساسية ضرورية لإثبات صحة ما ورد في المحرر، وليكون حجة على من وقعه ولا يمكن إنكاره، ويختلف التوقيع على المحرارات الورقية بحسب نوع المحرر، فإذا كان رسميا يجب أن يكون تحت إشراف ضابط عمومي والأطراف والشهود عند الإقتضاء[1]

وتنص المادة 6 من القانون رقم 03-15 المتعلق بعصرنة العدالة على أنه:" يتم إثبات العلاقة بين معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني وصاحب التوقيع عن طريق منح شهادة إلكترونية موصوفة تصدرها وزارة العدل[2]"

ومن خلال تفحصنا للنصوص القانونية المتعلقة بالقانون 15-04 والقانون 18-05 نجد أن مشرعنا أولى للرسمية الإلكترونية أهمية كبيرة في مجال العقود الإلكترونية، التي تستدعي التعامل معها بحذر ودقة، فإعتماد هذه الشكلية يسفر عن ضمان الحقوق سواء المتعلقة بتنفيذ الإلتزامات العقدية أو حتى حماية المعطيات والبيانات ذات الطابع الشخصي، كما أن لها حجة في الإثبات مثلها مثل الرسمية المفرغة في مستندات ورقية، مدام أنها تكون أمام مختص وفي حدود سلطته بإعتباره موظف عمومي يتولى مهمة إضفاء صبغة الرسمية إلى المعاملات التجارية الإلكترونية، مما يسهل على المتعاقد الإلكتروني إثبات حقه بسهولة عند كل منازعة يتعرض لها، لأن الرسمية الإلكترونية تنطوي على ضمانة الإثبات الإلكتروني .

2-مسؤولية المورد الإلكتروني

تنص المادة 14 من قانون 18-05 على أنه: "في حالة عدم إحترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به."

---

[1] حليتيم سراح، "خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، المجلد 05، العدد 02، جويلية 2018، ص 748.

[2] أمال بوهنتالة، بسمة فوغالي، "مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منشوري قسنطينة، المجلد 05. العدد 02، 2020، ص79.

نستشف من نص المادة 14 أنها استعملت مصطلح الإبطال وليس البطلان، وطبقا للقواعد العامة وبالتحديد في نص المادة 99 من القانون المدني، فإن الإبطال هو حق يخوله القانون لأحد المتعاقدين ولا يمكن للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق، ما يعني أنه ليس ببطلان مطلق وليس لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ولا للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وبالتالي فإن للمستهلك الإلكتروني الحق في إبطال العقد، في حالة عدم قيام المورد الإلكتروني بعرض تجاري مسبق للمعاملة التجارية الإلكترونية أو عدم توثيقها بعقد إلكتروني يتضمن المعلومات الإلزامية، المنصوص عليها في المادة 13 من القانون، ولا يمكن للمورد الإلكتروني التمسك بحق الإبطال، لأن القانون أعطى هذا الحق للمستهلك دون غيره[1]

وبالتالي نستنتج أن قانون 18-05 أعطى للمستهلك الإلكتروني ضمانات لحمايته عند إخلال المورد الإلكتروني بإلتزامه العقدي، فله إبطال العقد الإلكتروني والحق في التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يلحقه من جراء إبطال العقد، إلا أنه ومن منظورنا نرى بأن مشرعنا جانب الصواب في نص هذه المادة، وهذا راجع إلى طبيعة هذه العقود وما تتميز به من أهمية وطنية ودولية، كونها عقود لايستهان بها إقتصاديا، فلا يمكن التصور أن تبرم بالشكل العرفي الذي سيوسع من دائرة الإختراقات والتجاوزات التي تعاني منها التجارة الإلكترونية.

وإن قلنا أن المشرع تبنى الرسمية الإلكترونية عند توجهه نحو إصدار قانون التجارة الإلكترونية، فمن غير المنطقي أن تترتب على عدم إحترام المورد الإلكتروني لأحكام المادة 10 البطلان النسبي أو قابلية الإبطال للعقد التجاري الإلكتروني، لأنه إذا إعتمدنا عند إبرام العقد على الرسمية الإلكترونية تحت إشراف الموثق الإلكتروني والأطراف والشهود، فلا يمكن أن تسري أحكام المادة 14 على هذه الحالة.

فكما نعلم وحسب قواعد الشريعة العامة أن الشكلية الرسمية هي ركن من أركان قيام العقد، يترتب على تخلفها إنعدام الوجود القانوني للعقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه سابقا، وللمحكمة أن تقضي به من

---

[1] مقلاتي مونة، فراح ربيعة، المرجع السابق، ص 13.

تلقاء نفسها باعتباره من النظام العام، ومن ثم كيف يمكن النص على قابلية العقد للإبطال عند عدم إحترامه للشكلية، مدام المشرع كان واضحا في نص المادة حين تكلم على توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية، وبمفهوم المخالفة نقول أن كل عقد تجاري إلكتروني لم يبرم على أساس الكتابة الرسمية الإلكترونية؛ فيكون مصيره البطلان المطلق، فحبذا لو أن مشرعنا فصل أكثر في مسألة توثيق العقد التجاري الإلكتروني كونها جد مهمة.

ثانيا- تعزيز الإستقرار العقدي الإلكتروني

يثير التعاقد عبر الشبكات الإلكترونية العديد من الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك، وهذا راجع إلى طبيعة التعاقد الإلكتروني الذي لا يخلو من وسائل التدليس والخداع، خاصة أن صفة الضعف التي تعتري المستهلك الإلكتروني، مما يخلق إختلال في التوازن بينه وبين المورد الإلكتروني الذي يقدم الخدمات ويعرض السلع، لما يتميز به هذا الأخير من قوة إقتصادية وتمرس في هذه العقود، والذي يفرض على المستهلك شروطه مما ينجم عنه عدم كفاية النظريات التقليدية لحمايته .

هذا ما دفع العديد من الدول إلى مسايرة هذا التطور، ووضع نظام قانوني يتماشى مع خصوصية هذه التجارة من جميع النواحي، حتى لا يبقى مجال للإحتيال والغش على المستهلك[1]، ولعل من أهم الآليات التي تشكل ضمانة في حماية المستهلك الإلكتروني هي الكتابة الرسمية الإلكترونية.

1-ضمان تنفيذ الإلتزامات العقدية الإلكترونية

تنص المادة 18 على أنه: "بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤديي خدمات أخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم[2] "

---

[1]مقلاتي مونة، فراح ربيعة، المرجع السابق، ص 13.

[2]المادة 18 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية

من خلال إستقرائنا لنص المادة 18 من قانون 18-05 نستشف أن المورد الإلكتروني ملزم بقوة القانون بتنفيذ كل الإلتزامات الملقاة على عاتقه، بل وملزم بحسن تنفيذ هذه الإلتزامات، مدام أن هذه الأخيرة ناتجة عن إبرام العقد التجاري الإلكتروني، وتجدر الإشارة إلى نقطة مهمة وهي بمثابة همزة وصل بين المورد الإلكتروني وتنفيذ الإلتزامات، ألا وهي التوثيق الرسمي الإلكتروني للعقد والذي يمكننا من الحصول على شهادة إلكترونية تثبت صحة هذا التعاقد، فيمكن القول أنه بوجود الرسمية الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية تتقلص وتضمحل التجاوزات والإعتداءات على حقوق المستهلك الإلكتروني، وبالتالي يكون المورد ملزما بقوة القانون عن تنفيذ العقد الإلكتروني .

2-مساهمة الرسمية الإلكترونية في تطوير المعاملات التجارية الإلكترونية

يمكن القول بأن حماية المستهلك الإلكتروني من المخاطر المعلوماتية وتلاعبات المورد الإلكتروني، يؤدي إلى تعزيز الثقة لديه تجاه التجارة الإلكترونية، وتشجيعه أكثر على اقتناء احتياجاته عبر التسوق الإلكتروني، ومن ثم تلعب الرسمية الإلكترونية دور هام في إستقطاب المستهلكين الإلكترونيين على هذه التجارة، مما يساهم بشكل كبير على تفعيلها وتطويرها بسبب الحركة المستمرة للتسوق الإلكتروني، والإعتماد عليها أكثر من التجارة التقليدية.

وبالنظر إلى التطور الذي شهده العالم في مجال التكنولوجيا والإتصالات الإلكترونية، وبروز أسلوب التعاقد في البيئة الإفتراضية، الأمر الذي يستلزم النص أكثر على إلزامية التوثيق الإلكتروني مثله مثل التوثيق التقليدي، كونه آلية فعالة لتحقيق الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني من جهة، والمساهمة في تطوير وترقية عقود التجارة الإلكترونية بشكل منظم وقانوني من جهة أخرى.

المبحث الثاني: تقييم حجية الشكلية في ضمان صحة العقود الالكترونية

رحب الفقيه الفرنسي لورنز في معرض تعقيبه على تقرير مجلس الدولة المنشور في عام 1998 بمقترحات المجلس نحو تبني تعريف وظيفي للتوقيع يتيح استيعاب أنماط التوقيع والمحررات الحديثة كأدلة إثبات كتابية كاملة على نحو ما هو مقرر للمحررات المدونة بالطريقة التقليدية، وقد أكد هذا الفقيه على أن هناك ضرورة ملحة لإزالة كل الشكوك حول قيمة المحررات الإلكترونية وما يصاحبها من توقيعات الكترونية، إذا يعد هذا الفقيه أن الكتابة الإلكترونية بكلمة مرور بسيطة اختارها مستخدم الإنترنت ليست سوى بداية للبرهان والإثبات[1]

كان موقف المشرع الفرنسي أكثر وضوحاً وجرأة بشأن إرساء قواعد الإثبات بالكتابة في شكلها الإلكتروني، حيث قام بإحداث تعديلات جذرية على الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات في القانون المدني، وقد وقعت هذه التعديلات على النصوص المتعلقة بالأدلة الكتابية ليدخل في نطاقها المحررات الإلكترونية، وأزيلت بها كل عقبات قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، وقد جاءت هذه التعديلات استجابة من المشرع الفرنسي على غرار الدول الأوروبية الأخرى لتوجيهات الإتحاد الأوروبي بشأن الاعتراف بالوسائط غير الورقية في اثبات مختلف المعاملات والتصرفات المبرمة عن بعد[2]

عرف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996م المحررات(أ) يراد بمصطلح رسالة بيانات" المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد

---

[1]خالد المحمد، "المحررات الإلكترونية: إشكالية الدليل في المسائل التعاقدية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 2، العدد الأول، 2022، ص330.

[2]منية نشناش، المرجع السابق، ص88.

الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي، براد مصطلح "تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات[1]

الملاحظ أن قانون الأونسترال استعمل مصطلح "رسالة بيانات" للدلالة على المحررات الإلكترونية ليدخل ضمن مفهوم المحرر الذي جاءت به المواصفة الخاصة بالمحررات (iso DP.6760)، والتي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس، حيث عرفت المحرر بأنه: " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك، وما يدل على أن هذا التعريف يستغرق المحرر الإلكتروني هو أن المحرر الكتابي يكون دوما على دعامة مادية، حتى يسهل على الإنسان قراءته مباشرة، أو قد يلجأ في قراءته إلى جهاز متخصص في ذلك، وذاك هو المحرر الإلكتروني، لأن معظم المحررات الإلكترونية لا يمكن قراءتها إلا من خلال الحاسب الآلي[2]

سمحت التقنية الحديثة للمعلوماتية والاتصالات بزيادة التعاقد عن بعد أو على الخط، وهذا الأمر يفرض نفسه على المشرع في مواكبة هذه الإمكانات الهائلة التي يتم فيها التعاقد من خلال الحواسب وغير الشبكات المفتوحة[3]

انطلاقا لما تم ذكره قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول صحة الرسمية الإلكترونية في إبرام العقود العقارية، المطلب الثاني حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات العقود العرفية الإلكترونية

---

[1] المادة 2 الفقرة "أ" و "ب" من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع سنة 1996، مع المادة 5 مكررا الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000، ص 4.

[2] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص150.

[3] باطلي غنية، المرجع السابق، ص134.

المطلب الأول: صحة الرسمية الإلكترونية في إبرام العقود العقارية

أثارت الشكلية حفيظة التشريعات والقوانين المختلفة المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية، فبدأت تتسارع بوضع الحلول لهذه المشكلة، فقد استبعدت معظم التشريعات بعض التصرفات القانونية الهامة من دائرة التعاملات الالكترونية، وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، وذلك لأهمية وخطورة هذه التصرفات كالحقوق الواردة على العقار بصفة عامة والتي يتطلب فيها القانون شكلية معينة لانعقادها[1]

كما أن معظم القوانين التي أجازت مسألة أداء الشكلية بالكتابة الإلكترونية قد أوجدت استثناءات تتعلق ببعض العقود والتصرفات، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث نص على أن تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي: لعب القمار والرهان واليانصيب المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي[2]

وقد كان للتوجيه الأوروبي الصادر في 8 جوان 2000 بشأن التجارة الالكترونية، السبق في حظر مجموعة من التصرفات القانونية من إبرامها عبر وسائل الاتصال الحديثة، وذلك في نص المادة 9/2 منه: "يجوز للدول الأعضاء أن تنص على أن الفقرة الأولى لا تنطبق على كل أو بعض العقود التي تأتي ضمن الأنواع الآتية: العقود التي تنشئ أو تحيل حقوقا على العقارات، باستثناء حقوق الإيجار ، العقود التي تتطلب

---

[1]ساهرة حسين كاظم الزركاني، "التعاملات الالكترونية والاستثناءات الواردة عليها في مسائل الشكلية والأحوال الشخصية"، revue Lark Journal، المجلد 48، العدد 2، 2023، ص 403.

[2]المادة 3 من القانون رقم 18-05، مورخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 ماي سنة 2018، ص5.

بحكم القانون تدخلا من المحاكم والسلطات العامة أو المهن التي تمارس سلطة عامة، عقود الكفالة والقروض المقدمة من أشخاص للتصرف فيها لأغراض غير التجارة أو الأعمال أو المهن، العقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني[1]

وفي محاولة للحد من الاستثناءات الواردة على موضوع الشكلية في التعاملات الإلكترونية، فقد ذهب البعض إلى جواز إبرام كافة أنواع العقود الكترونيا ولو كانت عقودا شكلية، حيث ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الالكترونية هي مهنة الموثق الالكتروني والذي يتمثل دوره في التأكد من هوية المتعاقدين في مجال التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية والتحقق من جدية وسلامة التعامل الإلكتروني[2]

إن التوثيق الرسمي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات هي ما يوثق فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاء من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[3]، ويعد التوثيق الرسمي بهذه المواصفات أهم شرط شكلي لانعقاد التصرفات القانونية العقارية تحت طائلة بطلانها[4]

نعرج في دراسة هذا المطلب إلى صحة الورقة الرسمية الإلكترونية في إبرام العقود العقارية في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، وفي التشريع الفرنسي (الفرع الثاني).

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص130.

[2] ساهرة حسين كاظم الزركاني، المرجع السابق، ص 406.

[3] المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-14 المؤرخ في 3 ماي 1988، جريدة رسمية 18، ص 749.

[4] باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص156.

الفرع الأول: في التشريع الجزائري

بعد إدخال المشرع الجزائري تعديلاته على النصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني واعترافه بالكتابة الإلكترونية؛ بإقراره لمبدأ التكافؤ الوظيفي بينها وبين الكتابة الخطية في نص المادة 323 مكرر 1 وبين التوقيع المكتوب والتوقيع الإلكتروني الموصوف في نص المادة 8 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، واعترافه في هذا الأخير بإمكانية إبرام التصرفات القانونية بطريقة إلكترونية، إلا أنه سكت عن أداء الكتابة الإلكترونية دور الركن في إبرام التصرفات القانونية التي تتطلب الرسمية في انعقادها، مقارنة بالمشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية التي أبانت عن موقفها إزاء أداء الإلكترونية من أول مرة بموجب التعديلات التي أدخلتها على النصوص المتعلقة بالإثبات في القانون المدني، أو بإصدارها لقوانين خاصة تنظم المعاملات الإلكترونية[1]

مسألة حجية المحررات الإلكترونية الرسمية في الإثبات يبقى إلى حد الساعة غامضا، نظرا لعدم ورود أي نص في أحكام الإثبات يسمح للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العمومية إمكانية تحرير المحررات الرسمية على دعامة الكترونية مع توقيعها بموجب المنظومة المؤمنة لإحداث التوقيعات الإلكترونية الموصوفة، وبالتالي فمهما كان التوقيع الإلكتروني الموصوف لوحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان للشخص الطبيعي أو المعنوي، إلا أنه لا يرقى إلى درجة التوقيع الذي يتم على يد أو بشهادة الضابط العمومي، وبالتالي يجب على المشرع الجزائري أن يسمح بموجب المادة 324 من القانون المدني للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العمومية إمكانية تحرير وحفظ المحررات الرسمية على دعامات الكترونية وفقا لشروط تحدد بموجب نص تشريعي أو تنظيمي[2].

---

[1]الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص128.

[2]دحماني سمير، المرجع السابق، ص257-258.

كما أن موقف المشرع الجزائري تجاه مسألة أداء الكتابة الإلكترونية دور الركن في قيام التصرفات القانونية التي تتطلب الرسمية في انعقادها، قد ظهر في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]

حيث تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي[2]

حظر المشرع الجزائري على الأفراد إبرام التصرفات القانونية الشكلية التي تعد الكتابة شرطا لانعقادها بطريق الكتابة الإلكترونية، وبالتالي فهذه الأخيرة لا تصلح لتأدية وظيفة الركن في قيام التصرفات الشكلية، فلو قام مثلا شخص ببيع أو شراء عقار عبر الإنترنت فإن عقده يقع باطلا، لأن المشرع الجزائري اشترط إفراغ العقود الواردة على العقار في قالب شكلي في نص المادة 324 مكرر 1/1 من ق م ج ، التي جاء فيها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... في شكل رسمي"[3]

من منظورنا الخاص ومن خلال الربط بين ما ينص عليه القانون المدني وأيضا قانون التجارة الالكترونية، نخلص إلى أن إبرام العقود المنصبة على عقار أو حق عيني على عقار، يكون بطريقة واحدة فقط ألا وهي الكتابة الرسمية في الشكل التقليدي، أي أمام موظف عمومي أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، بمعنى أن مفهوم التوثيق الالكتروني غير موجود في التشريع الجزائري، ويمنع منعا باتا ابرام العقود العقارية بالشكل الالكتروني، فالمشرع ضيق من مجال ابرام العقود الالكترونية والتي تكون فقط في مسائل متعلقة بالتجارة الالكترونية أو مسائل مدنية متعلقة بديون أو عقود بيع الكترونية، وحظر الخوض في نطاق العقود الذي يشترط المشرع لإبرامها صفة الرسمية والتي تكون فقط من اختصاص موظف

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص129.

[2] المادة 3 من القانون رقم 18-05، مورخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 ماي سنة 2018، ص5.

[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص129.

أو ضابط عمومي، وهذا حسب ماورد في نص المادة 324 من القانون المدني، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن العقود الرسمية لا تعني العقود التوثيقية، لأن الأولى يصدرها موظف عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، أما الثانية فهي العقود التي يختص بتحريرها الموثق وهو ضابط عمومي تنازلت له الدولة عن جزء من صلاحياتها، وهي إبرام العقود التوثيقية التي تتسم بصفة الرسمية، وبالتالي نستنتج أن المشرع لما أخرج العقود الرسمية من نطاق ابرام العقود الالكترونية، فهو بذلك أخرج العقود التوثيقية من إبرامها بالشكل الالكتروني.

وفي هذا الصدد نحسم الإشكال حول مدى صحة الورقة الرسمية الإلكترونية في إبرام العقود العقارية، بالقول بعدم صحة العقود الشكلية الالكترونية المنصبة على العقار أو حق عيني على العقار، وبالتالي فهي باطلة بطلانا مطلقا لأنها لم تستوفي الشروط المحددة قانونا، ألا وهي أن تبرم بعقد رسمي محرر من قبل الموثق، وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يفسح المجال للمعقود الالكترونية بمعناها الواسع، ولم يمنحها الصلاحيات التي منحها للعقود الالكترونية، حيث قوض من العقود التي تبرم إلكترونيا، بمعنى أنه لا يمكن إبرام العقود التقليدية بالشكل الالكتروني، إلا في حدود ما سمح به القانون، فمثلا العقود المتعلقة بالتصرفات الواردة على المحل التجاري سواء بالبيع أو بالإيجار يمنع المشرع إبرامها بالشكل الالكتروني، لأنها من قبيل العقود الرسمية، التي يمنع المشرع إبرامها إلكترونيا.

نفسر عدم خوض المشرع الجزائري في الاعتراف بالرسمية الالكترونية في إبرام العقود العقارية، حتى لا يفتح الأفاق نحو مفاهيم قانونية جديدة، لأن قبول المشرع بإبرام العقود العقارية بالشكل الالكتروني ينبغي عليه وضع نظام جديد خاص بالتوثيق الالكتروني، وأيضا التسجيل الالكتروني والشهر العقاري الالكتروني، وبالتالي يكون المشرع أمام تضارب قانوني للمفاهيم يستوجب دراسة نظرية وعملية لها، وهذا لا يكون في عشية وضحاها، وهذا راجع إلى طبيعة العقود العقارية التي تتطلب الكثير من الإجراءات من وقت ابرامها إلى لحظة انتقال الملكية من البائع إلى المشتري، عند إتمام إجراءات الشهر العقاري، فكل هذه الإجراءات

جعلت المشرع حريص في استيفاءها إلا بالشكل الرسمي الورقي، مما يفسر عدم استعداد المشرع الجزائري في الأخذ بالرسمية في العقود الالكترونية.

الفرع الثاني: في التشريع الفرنسي

جاء القانون رقم 230-2000 سابقا والأمر رقم -2016 131 حاليا والمرسوم رقم 2005-972 واللائحة التنفيذية رقم 2005-109 بضوابط خاصة لاستيفاء المحرر الالكتروني الشكل الرسمي[1]

المشرع الفرنسي أبقى على الشروط التقليدية المتعلقة بالمحررات الرسمية الكتابية التي نص عليها بموجب المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي، والمتمثلة في أن يصدر المحرر الإلكتروني بشهادة ضابط عمومي معين من طرف الدولة للقيام بعمل من أعمالها، كما يجب أن يصدر المحرر الرسمي في حدود سلطة الضابط العمومي واختصاصه النوعي والمكاني، مع مراعاة الأشكال القانونية في إنشاء المحررات الإلكترونية الرسمية، وبالتالي فإن المحرر الإلكتروني الرسمي الذي تم بشهادة الضابط العمومي لا يمكن دحضه أو إنكاره إلا عن طريق دعوى التزوير أمام الجهة القضائية المختصة، أما المحررات الإلكترونية التي تم توقيعها عن طريق التوقيع الإلكتروني الموصوف بوساطة جهة التصديق الإلكتروني المعتمدة، فلا يشترط الطعن عليها بالتزوير من أجل إنكارها فيكفي اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات لدحضها، ما دامت موثوقية التوقيع الإلكتروني الموصوف مفترضة إلى غاية إثبات عكس ذلك بجميع طرق الاثبات، وهذا ما يؤدي إلى استبعاد جهات التصديق الإلكتروني المعتمدة (الموثق الإلكتروني) من فئتهم كضابط عمومي[2]

للتوثيق الرسمي الالكتروني في التشريع الفرنسي نوعين، كتابة رسمية على دعامة الكترونية وهي التي أشارت اليها المادة 1369 من القانون المدني والتي أجازت امكانية تحرير كتابة رسمية عادية تستوفي

---

[1]إيمان بوناصر، الهادي خضراوي، المرجع السابق، ص481

[2]دحماني سمير، المرجع السابق، ص259.

جميع الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية على دعامة الكترونية وبهذا لا يوجد ما يدل على أن الطبيعة الالكترونية للكتابة والتوقيع الذين عليها يمكن أن يتما عن بعد أي بدون حضور الأطراف[1]

حيث تنص المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016[2]

أما النوع الثاني فيتعلق بوجود كتابة رسمية الكترونية بالمعنى الدقيق، أي ذلك النوع من الكتابة الذي يتم عن طريق وسيلة الكترونية بين أطراف يوجد كل منهم في مكان مختلف عن الآخر، وبالتالي لا وجود فعلي أو مادي شخصي للأطراف بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم، وهذا النوع من الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني أشار اليه المشرع الفرنسي في احكام المادة 1369 من القانون المدني والمادة 20 من المرسوم رقم 71-941 المتعلق بالمحررات المنشأة من قبل الموثقين والمعدلة بموجب المادة 04 من المرسوم رقم 2005-973[3]

المشرع الفرنسي سمح للضابط العمومي بموجب المادة 1317/2 من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بموجب القانون رقم 2000-230 المتعلق بتكييف أحكام الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، إمكانية تحرير المحررات الإلكترونية الرسمية على دعامات إلكترونية بشرط أن يتم إنشاؤها وحفظها وفقا للشروط التي يحددها مرسوم تطبيقي، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي لم يحسم إشكالية استخدام المحررات الرسمية في التصرفات الإلكترونية (العقود) التي تعد الرسمية فيها ركنا من أركان التصرف القانوني، إلا بعد صدور القانون رقم 2004-575 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الإقتصاد

---

[1] باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص162.

[2] Art 1369 (Ordonnance n 2016-131 modifiant le code civil français) : L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter.
Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.
Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

[3] باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص162-163.

الرقمي الذي حسم المسألة بتعديل المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي التي استحدثها بموجب المادة 1108-1 التي تنص عندما تشترط الكتابة في صحة تصرف قانوني، يمكن تحريرها وحفظها في شكل إلكتروني وفقا للشروط المحددة في المواد 1316-1 و 1316-4، وذلك عندما يتعلق الأمر بتحرير المحرر الرسمي وفقا للفقرة الثانية من المادة 1317، وعندما يشترط بيان يدوي بالكتابة حتى من طرف الملتزم يُمكن لهذا الأخير وضع البيان في شكل إلكتروني إذا كانت الظروف لا تسمح بوضعه إلا من طرفه[1]

المشرع الفرنسي أقر بصلاحية الكتابة الإلكترونية في العقود الشكلية التي تعد الرسمية ركنا للانعقاد فيها، فقد نص في المادة 1174 من القانون المدني حيث ينص عل أنه عندما تكون الكتابة متطلبة لصحة العقد، يجوز إنشاؤها وحفظها بالشكل الإلكتروني طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد 1366 و 1367، وطبقا للفقرة الثانية من المادة 1369 إذا كان المطلوب محررا رسميا، وفي الحالة التي يتطلب فيها بيانا مكتوبا بيد الشخص الملتزم نفسه، يجوز لهذا الأخير استيفاؤه بالشكل الإلكتروني إذا كان من شأن شروط هذا الاستيفاء ضمان عدم القيام به إلا من قبله[2]

حيث تنص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016[3].

من خلال هذه المادة نستشف أن المشرع الفرنسي أجاز إبرام العقود الشكلية الالكترونية، فعندما تكون الورقة المكتوبة مطلوبة لصحة العقد يجوز تحريرها والاحتفاظ بها في شكل إلكتروني، وفقا للشروط

---

[1] دحماني سمير، المرجع السابق، ص258.

[2] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص129.

[3] Art 1174 (Ordonnance n 2016-131 modifiant le code civil français):
Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.
Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

المنصوص عليها في المادتين 1366 و1367، حيث تنص هاتين المادتين على الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، فالكتابة الالكترونية نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1366 على النحو التالي[1]

نص المشرع الفرنسي في هذه المادة على أن للكتابة الإلكترونية نفس القوة الإثباتية للكتابة على الورق، بشرط أن يكون من الممكن التعرف على هوية الشخص الذي تصدر منه، وأن تكون ثابتة ومحفوظة في ظل ظروف من شأنها ضمان نزاهة.

أما بخصوص المادة 1367 فتضمنت النص على التوقيع الإلكتروني على النحو التالي[2]

نص المشرع الفرنسي في هذه المادة على التوقيع الالكتروني اللازم لإتمام الفعل القانوني والذي يحدد هوية صاحبه وضمان سلامة التصرف في الشكل الالكتروني.

لقد أقر المشرع الفرنسي في نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 أنه في حالة ما إذا تطلب العقد شكلية معينة فإنه يمكن اعداده وحفظه على دعامة الكترونية، وذلك وفقا لشروط محددة قانونا، وبخلاف القانون رقم 06-02 نجد أن المشرع الفرنسي خصص باب الثالث للعقود المبرمة على دعامة الكترونية في المواد من 16 إلى 20 من المرسوم رقم 71-1941 المؤرخ في 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالعقود المحررة من طرف الموثقين المعدل والمتمم، فمنذ صدور القانون المؤرخ في 13 مارس 2000 والذي نص على امكانية تحرير العقود الرسمية

---

[1] Art 1366 : Ordonnance n 2016-131 modifiant le code civil français
L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

[2] Art 1367 : Ordonnance n 2016-131 modifiant le code civil français
La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.
Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat

على دعامة الكترونية في المادة 1317 من القانون المدني سابقا وأصبحت تنص عليها المادة 1369 تبعا للأمر المؤرخ في 10 فيفري 2016[1]

تم إصدار مرسوم تطبيقي رقم 2005-973 المؤرخ في 10 أوت 2005 المنظم لأعمال الموثقين، الذي سمح بموجب المادتين 16 و 17 منه للموثق العادي بتحرير العقود الرسمية في شكل إلكتروني، وفقا لنظام معالجة وإرسال المعلومات موافق عليه من طرف المجلس الأعلى للموثقين، الذي من خلاله يجب على الموثق العادي عند توقيعه على المحررات أن يستعين بمنظومة أمن إحداث التوقيعات الإلكترونية المحددة بموجب المرسوم رقم 2001-272 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، في حين اشترط المشرع الفرنسي في نظام تداول الوثائق والعقود الإلكترونية، أن يضمن سلامة وسرية محتويات العقود والمحررات الإلكترونية، بشكل متوافق ومرتبط مع نظم نقل المعلومات الأخرى التي أنشئت من قبل موثقين آخرين، وأن يتم الإقرار والموافقة عليه (النظام) من طرف المجلس الأعلى للموثقين[2]

إن القانون المدني الفرنسي تبنى نفس توجه التوجيه الأوروبي من حيث استبعاد بعض التصرفات القانونية من نطاق الاعتداد بالكتابة في الشكل الالكتروني في ابرامها، وذلك من خلال المادة 1175 التي حضرت إبرام العقود العرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث، والعقود العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية ذات الطبيعة المدنية أو التجارية إلا إذا كانت أبرمت من طرف شخص لحاجات مهنته، إلا أن المشرع الفرنسي لم يحضر العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية ماعدا حقوق الايجار مثلما فعل التوجيه الأوروبي، ويبدو من نص المادة السالف الذكر أنه يتعلق فقط بالعقود العرفية دون العقود الرسمية، وذلك لأن المشرع الفرنسي قد خص العقود الرسمية بنص خاص هو المادة 1369 من القانون المدني

---

[1]رحمة تريش، المرجع السابق، ص1005

[2]دحماني سمير، المرجع السابق، ص258.

الفرنسي التي تتيح إمكانية انشاء العقود الرسمية في الشكل الالكتروني بعد استيفاء الشروط التي يحددها المرسوم الصادر عن مجلس الدولة[1].

حيث تنص المادة 1175[2] من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم بالأمر 2021-1192 على المسائل التي استثناها المشرع الفرنسي من مجال التعاقد الالكتروني، المتعلقة بقانون الأسرة والميراث، وهنا نستنتج أن المادة 1174 هي القاعدة العامة في تطبيق العقود الشكلية الالكترونية، والمادة 1175 هي الاستثناء من هذه القاعدة، وجدير بالذكر أن نص المادة 1175 كانت وليدة الأمر 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016، المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي، ثم تم تعديلها بموجب الأمر 2021-1192 والتي كانت صياغتها بالشكل التالي[3]

حيث نصت هذه المادة المعدلة لسنة 2016 على نطاق الأخذ بالعقود الالكترونية والتي استثنت أولا العقود المتعلقة بقانون الأسرة والميراث، وثانيا استثنت المستندات المتعلقة بالأوراق المالية والشخصية أو العينية سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية، ما لم يبرمها شخص لاحتياجات مهنته.

نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 1175 المعدلة بالأمر 131-2016 قد ألغيت بموجب الأمر 2021-1192 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي، حيث نرى من وجهة نظرنا أن المشرع الفرنسي من خلال إلغاءه للفقرة الثانية من هذه المادة، قلص من نطاق الاستثناءات الواردة على العقود التي تبرم

---

[1] باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص161.

[2] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ART 16, MODIFIANT LE CODE CIVIL JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, Texte 19 sur 133, Art 1175 : Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions, sauf les conventions sous signature privée contresignées par avocats en présence des parties et déposées au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues aux articles 229-1 à 229-4 ou à l'article 298

[3] Article 1175 : Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février2016 - art. 2
Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour :
1 -Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions;
2 -Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

إلكترونيا، وجعلها محصورة في العقود التي تخضع لقانون الأسرة وقانون الميراث، حيث أن تعديل المادة من وقت صدورها سنة 2016 إلى غاية إلغاؤها في سنة 2021 في وقت وجيز، يدل على حركة التشريع الفرنسي في مسايرة التطورات المعلوماتية والرقمية، وتوسيع لنطاق إبرام العقود إلكترونيا، وهذا ما يشجع على الإقبال عليها مثلها مثل العقود التقليدية بل وكثير من المعاملات أحسن منها.

-قام المشرع الفرنسي بإصدار مرسومين بتاريخ 10 أوت 2005، الأول هو المرسوم رقم 972-2005 المتعلق بنظام المحضرين، يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني المرسوم 973-2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام المعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن[1]

عند تطبيق القواعد العامة للإثبات على التوثيق الرسمي العقاري الالكتروني تكون له قرينة السلامة المادية التي تثبت له في مظهره؛ وذلك بخلوه من أي تغيير في محتواه بالمحو أو التعديل أو الكشط أو التحشير، وإذا وجد ما يدعو الى الارتياب في سلامته المادية جاز لمن يدعي ذلك اللجوء الى القضاء والطعن فيه بالتزوير، وللمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من اسقاط لقيمته في الإثبات أو انقصاها[2]

جاء القانون رقم 230-2000 سابقا والأمر رقم 2016 -131 حاليا والمرسوم رقم 972- 2005 واللائحة التنفيذية رقم 2005-109، بضوابط خاصة لاستيفاء المحرر الالكتروني الشكل الرسمي، كما أن المشرع الفرنسي وجد الحل في المادة 16 من المرسوم 972-2005 فيما يتعلق بشرط الحضور المادي

[1]مسعودي هشام، "الإطار المفاهيمي والخصائصي للعقود الإلكترونية – دراسة في الحدود والنطاق"، مجلة الرسالة الدراسات والبحوث الانسانية، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص144.

[2]باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص172.

للضابط العمومي أثناء إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني، فهذا الشرط صعبا من الناحية العملية كما سبق القول حيث أن المحرر الالكتروني الرسمي يتم إنشاءه عن بعد ويكون أطراف المعاملة والموظف الرسمي كل في مكان مختلف[1]

وعليه فإن إقرار التكافؤ الوظيفي بين نوعي التوثيق العقاري الرسمي الالكتروني والورقي، حيث منح التشريع الفرنسي للتوثيق الرسمي الإلكتروني العقاري ذات الحجية القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي العقاري الورقي، وذلك من خلال نص المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي التي أقر فيها بأنه بمجرد توافر الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني الشروط التمتع بصفة الرسمية والمتطلبات التقنية والفنية المقررة في المرسوم رقم 973-2005، والتي تكفل سلامة وسرية محتواها وتحديد هوية الأطراف مع الحاق الموظف العام لتوقيعه الالكتروني المؤمن، فإنّه تثبت لها الحجية القانونية الكاملة التي تتمتع بها الكتابة الرسمية على الورق في الإثبات[2].

المشرع الفرنسي قد انفرد عن باقي التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في مسألة كيفية إعداد المحرر الرسمي الإلكتروني، وذلك بموجب القانون رقم 230 لسنة 2000 المعدل للقانون المدني، وبالذات في نص المادة 1317/2 والتي أصبحت بالرقم 1369/2 في التعديل الذي مس القانون المدني بموجب الأمر رقم 2016-131، حيث أقر المشرع الفرنسي من خلال هذه المادة بإمكانية إنشاء محرر رسمي على دعامة إلكترونية، متى تم وضعه وحفظه، وذلك وفق الشروط التي يحددها المرسوم 973-2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين، وهو المرسوم الذي اعتبره بعض الفقه الفرنسي أنه سيكون بمثابة ثورة على الأوراق التي يستخدمها الموثق والتي ستختفي مستقبلا، كما أنه يدفع الموثق ويشجعه على تتبع ما يستجد من التقنيات الجديدة والاستفادة منها، وقد صدر إلى جانبه في نفس الوقت المرسوم رقم 972-

---

[1]إيمان بوناصر، الهادي خضراوي، المرجع السابق، ص481

[2]باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص169.

2005 المتعلق بنظام المحضرين، وقد دخل هذان المرسومان حيز النفاذ بتاريخ 1 فيفري 2006، فأعطى بموجبهما للمحضرين والموثقين العمومين إمكانية إنشاء المحررات الرسمية إلكترونيا، وقد ترك للموظف العمومي الحرية في استخدام الوسيلة الإلكترونية من عدمها في إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني[1]

إلا أن انشاء الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية بتدخل أكثر من موظف عام تتطلب وجود نظام تقني جد هام، نصت عليه كل من المادتين 16 من المرسوم رقم 973-2005 المتعلق بالمحررات المنشأة بواسطة الموثقين، و26 من المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 56-2022 واللتان نصتا على ضرورة استخدام كل من الموثق والمحضر القضائي لنظام لمعالجة وإرسال المعلومات معتمد من طرف المجلس الأعلى للموثقين (CSN) بالنسبة للموثق، ومن طرف الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين (CNH) بالنسبة للمحضر القضائي، ويضمن سلامة وسرية محتوى الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني[2]

المشرع الفرنسي لم يخرج عن مبادئ العقد التوثيقي التقليدية عند إنشائه لعقد توثيقي إلكتروني، وإنما قدم تسهيلات من بينها عدم حضور كل الأطراف لدى موثق واحد واعتماده على التوقيع الإلكتروني المؤمن للموظف فقط دون اشتراطه التوقيع الإلكتروني من طرف ذوي الشأن والشهود، كما أن أول عقد توثيقي الكتروني في فرنسا تم إنشائه بتاريخ 28 أكتوبر 2008 بمناسبة حفل نظمه المجلس الأعلى للتوثيق CSN في باريس، في حين أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة العقد التوثيقي الإلكتروني سواء عند إصداره القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، أو القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة، مما يتعارض مع مجهودات الدولة الحديثة في إرساء الحكومة الإلكترونية[3]

---

[1] الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص166.

[2] باهة فاطمة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص165.

[3] ديش تورية، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص881.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات العقود العرفية الالكترونية

يعتبر التوقيع الإلكتروني وسيلة هامة في إثبات حجية الورقة العرفية الإلكترونية التي تستمد قوتها منه، ولقد استحدث مشرعنا التوقيع الإلكتروني والاعتداد به من خلال القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، إلا أنه لم يثري في وضع الإطار القانوني للتوقيع الإلكتروني، واكتفى بمادة واحدة، ولكن سرعان ما تدارك هذه النقائص بإصداره للقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ولعل أهمية الدراسة تكمن في حداثته بالدرجة الأولى، خاصة وأن دراستنا وفق التشريع الجزائري والذي أصدر مؤخرا قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، محاولا بذلك مواكبته التطورات التكنولوجية والمعلوماتية، بغية تمكين المتعاقد الإلكتروني من إثبات حقه المنصب في الورقة العرفية الإلكترونية، وبالنظر إلى تدارك مشرعنا للفراغ التشريعي للقانون المدني في تنظيم العقود الإلكترونية وطرق إثباتها الكترونيا.

توجد بعض الاشتراطات القانونية التي يفرضها نظام الإثبات القانوني، والتي تعيق الإثبات بالكتابة الإلكترونية، مثل الاشتراطات القانونية المتعلقة بإنشاء المحررات الرسمية التي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[1]، فهذا الأمر يشكل عائقاً أمام قبول الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات ومساواتها بالمحررات الرسمية كونها لا تتوافر على ذات الشروط المتطلبة فيها[2]

---

[1] المادة 324 الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 78 بتاريخ 30 أكتوبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44.

[2] باهة فاطمة، "الإثبات بالكتابة الإلكترونية على ضوء القواعد العامة حماية لحقوق المتعاملين بها "دراسة مقارنة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 02، 2022، ص505.

وعليه تم تقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول التوجه القانوني نحو تكريس التوقيع الإلكتروني، والفرع الثاني تقدير فعالية حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات الإلكتروني.

الفرع الأول: التوجه القانوني نحو تكريس التوقيع الإلكتروني

يعد القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 أول من استحدث التوقيع الإلكتروني والاعتراف له بالقوة الثبوتية، والاعتداد به في إثبات حجية الورقة العرفية الإلكترونية، ثم توجه المشرع نحو مسايرة التطورات التكنولوجية من خلال إصدار القانون 15-04، الذي يعد خطوة مشجعة في التكريس القانوني للتوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات الإلكتروني.

أولا: التوقيع الإلكتروني في القانون المدني

تضمن القانون المدني الجزائري النص على أهمية التوقيع الإلكتروني كوسيلة إثبات الورقة العرفية الإلكترونية، إلا أنه لم يتوسع في مجال المعاملات الإلكترونية، ولم ينص على التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية وكيفية إبرامها، واكتفى بنص المادتين "323 مكرر، 323 مكرر1"، الأولى متعلقة بالكتابة الإلكترونية والثانية بالتوقيع الإلكتروني، حيث سنتطرق في هذه النقطة إلى اعتماد التوقيع الإلكتروني في القانون المدني من جهة، وقصور قواعد الشريعة العامة في الإثبات الإلكتروني من جهة أخرى.

1- اعتماد التوقيع الإلكتروني

تنص المادة 327 من القانون المدني على أنه:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه[1] "

من خلال استقرائنا لنص هذه المادة نستشف بأن المشرع لم يخصص المادة للتوقيع الإلكتروني، وإنما نص عليه في الفقرة الأخيرة، كما أنه استهل في بداية المادة بالحديث عن العقد العرفي التقليدي الذي ينشأ بين المتعاقدان، ويشترط فيه الكتابة والتوقيع والاعتراف به من قبل المتعاقد الذي حرره بخط يديه أو وقعه، كون العقد العرفي يستمد حجيته من توقيع صاحبه، ثم تطرق المشرع إلى التوقيع الإلكتروني وإمكانية الاعتداد به في الفقرة الأخيرة، والتي أحالنا فيها إلى نص المادة 323 مكرر 1 المتضمنة للشروط الواجب توفرها وهي التأكد من هوية مصدر وموقع الورقة العرفية.

ومن منظورنا الخاص نرى بأن المشرع سارع في وضع فقرة واحدة من المادة 327 في الأخذ بالتوقيع الإلكتروني لإثبات الورقة الإلكترونية، وهذا إن دل فيدل على رغبته في مسايرة التشريعات المقارنة التي واكبت البيئة الافتراضية، إلا أن اعتماده على فقرة واحدة لا يكفي لتنظيم مسألة الإثبات الإلكتروني للعقود العرفية.

ويمكن تعريف العقود العرفية بالعقود التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا تشترط فيها توافر أي شرط شكلي في تحريرها، والشرط الوحيد في صحتها أن تكون موقعة من طرف أطراف العقد، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير[2]

فالورقة العرفية حجة على من صدرت منه، وهو الشخص الذي وقع عليها وتكون لها القدرة قوة الورقة الرسمية، إذا اعترف بها أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه، أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة

[1] الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية، رقم 78 بتاريخ 30 أكتوبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44

[2] بن عبيدة عبد اللطيف، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة الجزائر، 2004، ص 73

توقيعه على الورقة وأنكر صدورها منه زالت حجيتها مؤقتا، وتعين على من تمسك بها أن يثبت صدورها من ينسب إليه التوقيع [1]

كما نستنتج من تحليلنا لنص المادة المذكورة أعلاه، أنها تكلمت على العقد العرفي التقليدي الذي نأخذ به بعين الاعتبار عند إنشاء العقد العرفي الإلكتروني، لأن الاختلاف هو في وسيلة التعاقد والكتابة والتوقيع الذي يكون رقمي، أما فيما يخص الأحكام العامة فتبقى سارية على كل العقود مهما كانت طبيعتها، لأنه من غير القانوني أن نعتبر مثلا عقد عرفي إلكتروني لا يتوفر على الشروط الواجبة توافرها في العقد العرفي التقليدي، بغض النظر عن الخصوصية التي يمتاز بها العقد الإلكتروني، فهذا الأخير حتى يستمد حجيته لابد أن يكون مكتوبا وموقعا توقيعا إلكترونيا من طرف الشخص المتعاقد، أي أن قواعد القانون المدني تسري على كل العقود باعتبارها الشريعة العامة.

2- قصور قواعد الشريعة العامة في الإثبات الإلكتروني

لقد أضحت القواعد الكلاسيكية للقانون المدني عاجزة عن التكيف مع التغييرات العميقة التي عرفتها العقود، ومع تطور هذه الأخيرة خاصة في المجال الإلكتروني وقفت الشريعة العامة عاجزة عن تنظيمها، كما أن خصوصية الشكلية الإلكترونية بنوعيها الرسمي والعرفي تستدعي قواعد قانونية خاصة في جميع المسائل سواء تعلقت بإنشاء العقود أو بإثباتها إلكترونيا، كما أن تنظيم المشرع للتوقيع الإلكتروني في فقرة واحدة من المادة 327 لا يغني بشيء، فكأن المشرع أراد تعبيد الطريق أمامه نحو تكريس إثبات المحررات الإلكترونية العرفية مستقبلا، وبالتالي الفراغ التشريعي للقانون المدني في مسألة مواكبة التطورات في قواعد الإثبات الإلكتروني لا يسد النقائص والإشكالات التي تواجهنا في البيئة الرقمية، فالمتعاقد الإلكتروني لا يمكنه الاستناد على فقرة لضمان حقه من خلال حجية الورقة العرفية الإلكترونية التي تستمد قوتها الثبوتية

---

[1] رحايمية عماد الدين، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري (دراسة في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء)، دار الحكمة، الجزائر، 2017، ص 26

من التوقيع الإلكتروني، وأمام هذا الافتقار التشريعي لا يسعنا إلا القول بقصور قواعد الشريعة العامة في الإثبات الإلكتروني.

ثانيا: التوقيع الإلكتروني في القانون 15-04

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، والذي تضمن على أحكام عامة متعلقة بالتعاريف في مفهوم هذا القانون والمبادئ العامة، وتخصيص الباب الثاني منه لمعالجة التوقيع الإلكتروني متفرع إلى فصلين، الفصل الأول مبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الإلكتروني، والفصل الثاني آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه، وخصص الباب الثالث للتصديق الإلكتروني في حين جاء الباب الرابع بالعقوبات والجزاءات المترتبة عن مخالفة قواعد هذا القانون .

1- وضع الإطار القانوني للتوقيع الإلكتروني

إن المشرع الجزائري وضع تعريف للتوقيع الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي 07/ 162 المؤرخ في 30 مايو 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 123/01 المؤرخ في 09 مايو 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، على أنه:" معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمذكور أعلاه[1] "

تنص المادة 2 من القانون 15-04 في فقرتها الأولى على تعريف التوقيع الإلكتروني والذي عرفته بأنه:" بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"

[1] عرعار الياقوت، "التوقيع الإلكتروني كألية لأمن وسلامة الوفاء الرقمي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 03، 2020، ص 490.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة عرفت الموقع بأنه:" شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله[1]

والملاحظ من تعريف التوقيع الإلكتروني أنه ركز على أشكال وإجراءات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وأن دوره يتمثل في توثيق هوية الموقع وإثبات قبوله لمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، كما أن التوقيع الإلكتروني يتسم بالأمن المعلوماتي على عكس التوقيع الذي يوضع على محرر ورقي يسهل تزويره، إذ أن التوقيع الإلكتروني على السندات الإلكترونية يتضمن تواقيع رقمية عبارة عن رسائل مشفرة إلكترونيا تحتوي على التوقيعات الرقمية[2]

لقد عمد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 بوضع تعريف شامل له بموجب المادة 2/أ بنصها أنه:" بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولتبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات" وعرفت نفس المادة الموقع أنه:" شخصا حائزا على بيانات انشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله[3] "

يتضح أن القانون النموذجي اهتم بمسألتين هما: هوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة بالمستند، وهو بذلك ينسجم مع الأصل العام للتوقيع ويستوي أن يكون الشخص الموقع شخصا طبيعيا أو معنويا، ويجوز للشخص أن يوقع بنفسه أو بواسطة شخص يمثله قانونا[4]

---

[1] القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015.

[2] عرعار الياقوت المرجع السابق، ص 490.

[3] عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 183.

[4] بغدادي إيمان، المرجع السابق، ص 17

وميز المشرع من خلال القانون 15-04 بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع المؤمن، فعرف النوع الأول أنه " بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة التوثيق"، فالملاحظ أن المشرع ركز في تعريفه على وظيفة التوقيع المتمثلة أساسا في التوثيق سواء توثيق هوية الموقع أو بيانات المحرر وعرفت المادة السابعة من نفس القانون التوقيع الالكتروني المؤمن أنه:" التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الأتية: أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أن يرتبط بالموقع دون سواه، أن يمكن تحديد هوية الموقع، أن يكون مصمما بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات[1] "

فالتوقيع الالكتروني هو عبارة عن حروف وأرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره، ويتم اعتماده من الجهة المختصة ويعتمد بهذا التوقيع على قلم خاص يتم به التوقيع يدويا على شاشة الكمبيوتر أو على لوح رقمي، وعندئذ يتم تحليل التوقيع الخطي عن طريق الكمبيوتر وتخزينه كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات، كما يمكن للمتلقي عرضها على شاشة الكمبيوتر للتوثيق، والتي من المفترض أن عينات من التوقيع الخطي قد سبق تحليلها وتخزينها بواسطة الأدوات الإحصائية[2]

يعد التوقيع الالكتروني إحدى الطرق الالكترونية التي تسهم في إثبات العقود والمعاملات التجارية، فتوفره في السند الإلكتروني يعطي الثقة والأمان بين المتعاملين ويبرز دوره في مدى الأخذ بحجيته في الإثبات ومن أهم أشكاله التوقيع بالقلم الالكتروني، التوقيع الكودي والتوقيع البيومتري، البصمة الإلكترونية[3]

---

[1] عبيزة منيرة، المرجع السابق، ص 185

[2] بغدادي إيمان، المرجع السابق، ص 18

[3] حشروف فاطمة الزهراء، حكيم نشاد، صديقي وحيدة، المرجع السابق، ص 228.

2- معالجة القانون 15-04 الفراغ التشريعي للقانون المدني

إن المتأمل في نصوص القانون 15-04 يجده نظم التوقيع الإلكتروني ومنحه مساحة كبيرة مقارنة بالقانون المدني، الذي كان مجحفا في وضع الإطار القانوني للإثبات الإلكتروني، وذلك من خلال تعريفه والنص على آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف والتحقق منه، خاصة وأنه تضمن المبادئ العامة التي تحكم التوقيع الإلكتروني، إضافة إلى مبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الإلكتروني، وبالتالي الفرق جد واضح بين النص العام والنص الخاص حيث أعطى هذا الأخير للتوقيع الإلكتروني حقه من القواعد القانونية المنظمة له.

وبالتالي فتح لنا القانون 15-04 مجالات التعامل بالتوقيع الإلكتروني وكيفية إثبات الورقة العرفية، بالتطرق إلى أنواع التوقيعات التي لها قوة ثبوتية ودرجة في الحجية، كما أن هذا القانون كان لابد منه في ظل الظروف والأوضاع التي شهدتها النظرية العامة للعقد مؤخرا، والتي دخلت هذه الأخيرة في مراحل جديدة تتميز بالخصوصية التي يغلب عليها الطابع الرقمي.

الفرع الثاني: تقدير فعالية حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات الإلكتروني

إن الدراسة لتقييم حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات الورقة العرفية الإلكترونية، يستدعي منا الرجوع إلى القانون 15-04 والتطرق إلى أنواع التوقيعات التي منحها المشرع القوة الثبوتية في الإثبات الإلكتروني، وعلى أي أساس ميز المشرع بين الحجية في الإثبات، والذي يوحي بقيمة التوقيع وشروطه في حد ذاته.

أولا: حجية الورقة العرفية الإلكترونية

اعترف المشرع بحجية الورقة العرفية التقليدية كأصل عام، واعتبرها ذات قيمة إذا توفرت للشروط المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن الورقة العرفية لا يستهان بها عند إثبات الحق المفرغ فيها، ولكن ما يهمنا في دراستنا هو الورقة العرفية الإلكترونية التي تنشئ في مجلس عقد افتراضي، والاعتماد

على دعامة إلكترونية بعيدة كل البعد عن الدعامة الورقية، حيث سنتطرق في هذه الجزئية إلى حجية الورقة العرفية عند الأخذ بالقاعدة العامة ألا وهي الشريعة العامة، وأيضا الأخذ بنوع التوقيع الإلكتروني.

1- الأخذ بالقاعدة العامة

إن الخوض في مسألة حجية الورقة العرفية الإلكترونية يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، الذي وضع الشروط التي على أساسها تكون للورقة العرفية حجية في إثبات التصرفات القانونية، وهي أن تكون الورقة مكتوبة وموقعة، واعتراف الطرف الذي وقعها بتوقيعه أو ببصمته، ومن ثم حتى تكون الورقة العرفية الإلكترونية كدليل إثبات إلكتروني لابد لها وقياسا عن القواعد الكلاسيكية للقانون المدني، أن تكون مكتوبة والكتابة هنا أكيد هي كتابة إلكترونية، ثم التوقيع عليها من قبل المتعاقد الإلكتروني.

2- الأخذ بنوع التوقيع الإلكتروني

يعرف التصديق الإلكتروني هو مجموعة من الإجراءات الرامية إلى تحقيق الثقة والأمان، من خلال ربط التوقيع الإلكتروني بالموقع على وجه اليقين، والتأكد من صدوره ممن له الحق بممارسة التصرف القانوني الوارد في المحرر الإلكتروني، كما عرف بأنه عملية تقنية تستهدف التحقق من أن المفتاح العام للتوقيع الإلكتروني يرتبط بالمفتاح الخاص العائد للشخص الموقع[1]

جاء في قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية تعريف مقدم خدمات التصديق في المادة الثانية منه بأنه:" شخص يصدر شهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية[2]

---

[1] كريم محمد ماجد، المرجع السابق، ص 691.

[2] عقوني محمد، بلمهدي براهيم، المرجع السابق، ص 307.

لقد تطرق التشريع الجزائري في القانون 15-04 إلى تعريف مقدم خدمات التوثيق بأنه:" شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق لإلكتروني موصوفة ويقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني[1]

يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني[2]

حتى يستوفي التوقيع الإلكتروني بحجية الإثبات لابد أن يستوفي الشروط التي تمنحه الحجية القانونية في الإثبات، وتخلفها يؤدي إلى تخلف وصف التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال تحديد هويته والتأكد من صلاحية التوقيع الإلكتروني حتى يحتج به قانونا بتعبيره عن إرادة أطراف العقد، حيث وضع المختصون من التقنيات ما يجعل من التوقيعات والتأكد من صحة البيانات وإصدارها من صاحب التوقيع من خلال التشفير بتحويله إلى رموز يستحيل الاطلاع عليها إلا في الشكل القانوني الصحيح، حيث لا بد من ارتباط التوقيع بشخص الموقع أي أن التوقيع الإلكتروني يكشف عن هوية صاحبه محددا ذاتيته بما يؤكد سلطته وإرادته في إبرام التصرف القانوني، فطريقة التعبير من خلال الوسيط الإلكتروني وجهات التصديق تسمح بالتعرف على هوية صاحب التوقيع بطريقة محسوسة، ومع تقدم التقنيات التي تستهدف التثبت من التوقيع الإلكتروني، والتي تسمح بتحديد هوية صاحب التوقيع من خلال أنظمة فعالة كاشفة لعمليات التسلل والقرصنة، وحماية الأطراف في ظل تقنيات عالية وبرامج أمنية للتأكد من هوية أصحاب التوقيع بما يؤكد سلامة التوقيع ويعزز الثقة، ويدلل على موافقة كل طرف على المعلومات الموجودة في رسالة البيانات، وبالتالي كل تقنية ميز صاحبها مستوفية للشروط المطلوبة في التوقيع يعتمد عليها كدليل إثبات[3]

---

[1] المادة 2-12 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] المادة 06 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[3] دغو لخضر، حامدي بلقاسم، "التوقيع الإلكتروني كوسيلة حديثة للإثبات"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة المجلد 6، العدد 1، 2016، ص 371

لقد وضع قانون الأونيسترال للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001، شروطا يتعين توفرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكتسب الحجية القانونية:

-أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع

-أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع

-إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الإلكتروني

-أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي تتعلق بها، وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك المعلومات بعد التوقيع عليها[1]

تختلف حجية الورقة العرفية الإلكترونية حسب التوقيع الذي تتضمنه، حيث أوجد المشرع من خلال القانون 15-04 نوعين من التوقيع الإلكتروني، وهما التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني الموصوف، بالنسبة للتوقيع الأول هو الذي لم يحظى بتصديقه أو تأمينه، ولقد تطرق له القانون 15- 04 من خلال المادة 9 بأن التوقيع الإلكتروني لا يمكن تجريده من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله القانوني، أو أنه لا يعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني الموصوف، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني[2]

أما بالنسبة للتوقيع الثاني وهو التوقيع الموصوف يعتبر وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي[3]

كما لابد أن يتوفر في التوقيع الموصوف المتطلبات التالية:

---

[1] قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في دورتها الرابعة والثلاثون في فيينا 2001.

[2] غيلاني الطاهر، بولافة سامية، "التوقيع الإلكتروني في ظل القانون 04-15"، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، المجلد 05، العدد 1، 2020، ص 126.

[3] المادة 8 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

-أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،

-أن يرتبط بالموقع دون سواه،

-أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،

-أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،

-أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات[1]

نستشف من خلال نص المادة 8 المذكورة أعلاه أن التوقيع الإلكتروني الموصوف له نفس القوة الثبوتية للتوقيع المكتوب وحده دون سواه، والذي ربطه المشرع بمجموعة من الشروط لعل من أهمها هو أنها تنشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، وأيضا تصميمه بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

كما يلزم القانون 15-04 يجب أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة[2]

تكون الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1 - يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة، على الأقل ما يأتي :

- ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد

- ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد

---

[1] المادة 7 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] المادة 10 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

– أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2– يجب أن لا تُعدِّل البيانات محل التوقيع وأن أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية لا تمنع التوقيع[1]

كما نصت المادة 12 من القانون 15–04 على أن وسيلة التصديق يفترض أن تكون موثوقة إلى غاية إثبات العكس، وذلك متى كانت هوية الموقع أكيدة وسلامة المحرر مضمونة[2]

وتتمثل الآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني في الآلية التي تحقق من التوقيع الإلكتروني والتي تتوفر على المتطلبات الآتية:

1–أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

2–أن يتم التحقق من التوقيع الإلكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا،

3–أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر محددا بصفة مؤكدة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

4–أن يتم التحقق بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الإلكتروني المطلوبة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني،

5–أن يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصحيحة[3]

---

[1] المادة 11 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] يسعد فضيلة، المرجع السابق، ص 513.

[3] المادة 13 من القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

كما تقوم الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه بالتأكد من مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف، والآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف، وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المادتين 11 و13 أعلاه[1]

التصديق أو التوثيق الإلكتروني هي وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبته إلى شخص معين أو جهة معينة أو طرف محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق، أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق، وتعتبر هذه الأخيرة هيئة أو جهة عامة أو جهة خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية تتكون من مستويات مختلفة من السلطات، تأتي في قمتها السلطة الحكومية والتي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات، تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، ثم تأتي سلطة التصديق وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، أما في أخر مستوى فنجد سلطة تسجيل محلية ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير العام والخاص، والتثبت من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع المتعاملين[2]

ثانيا: مدى مسايرة القاضي تطورات قواعد الإثبات في البيئة الرقمية

يعد القضاء جهة مختصة تنظر في جميع منازعات الأفراد، ولكن عندما تكون هذه المنازعات متعلقة بمسألة الإثبات الإلكتروني للورقة العرفية الإلكترونية، يخلق صعوبات أمام القاضي الوطني حول كيفية الفصل في هذه المنازعات ذات الطابع الإلكتروني، حيث سنتطرق في هذه النقطة إلى تسليط الضوء على

---

[1] المادة 14 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] عقوني محمد المهدي براهيم، المرجع السابق، ص 306-307.

افتقار معيار التخصص في القاضي، وأيضا اجتهاد القاضي عند الفصل في الدعوى التي تجمع الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني.

1- افتقار معيار التخصص في القاضي

إن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن القاضي الوطني ليس بقاضي متخصص، فهو دائما ما يفصل في جميع المواد سواء أكانت مدنية أو تجارية أو اجتماعية أو جنائية، ففي التنظيم القضائي الجزائري لا يوجد مصطلح التخصص، وبالتالي إذا طرح نزاع ذو طبيعة إلكترونية أمام القاضي فعلى أي أساس يمكنه الاستناد عليه في حكمه، ولو فرضنا أن هذه المنازعات الإلكترونية بسيطة، فيمكنه قراءة القانون 15-04 وتكييف النزاع المطروح أمامه، فكيف له أن يفصل في مسائل الإثبات الإلكتروني التي تتميز بتعقيد كبير، فهنا نقول حتى لو القاضي اعتمد على القانون 15-04 لا يكون كافيا لبلورة الحكم الصائب، وهنا يترك افتقار التخصص في القاضي الأثر الواضح في هذه المنازعات، التي تتطلب أن يكون القاضي متخصصا ومتعمقا في التخصص ويحيط بالإثبات الإلكتروني من جميع جوانبه، ولابد له أن يثبت جدارته في تفحص قواعد الإثبات الإلكتروني مثلما أثبتها في قواعد الإثبات الورقي العادي، وهذا إن دل فيدل على ضرورة مسايرة القضاء للتطورات التكنولوجية التي شهدها مجال العقود، حيث أصبحوا الأطراف يقبلون على العقود الإلكترونية بكثرة خاصة وأنه في الآونة الأخيرة ظهرت عدة أسباب وعوامل دفعتهم إلى النزوح نحو أساليب التعاقد الإلكتروني، الذي أصبح سمة من سمات العصر الرقمي.

2- اجتهاد القاضي عند الفصل في الدعوى التي تجمع الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني

من الممكن أن تقع منازعات بين أطراف العقد، ويتمسك أحدهما بعقد عادي ممهور بتوقيع تقليدي، بينما يتمسك الأخر بعقد إلكتروني موقع إلكترونيا، ويتعارض مضمون العقد الأول مع مضمون العقد الثاني، كما يمكن أن يوجد عمل قانوني واحد في العقد الإلكتروني مثلا، ويطلب أحد الطرفين عقدا ورقيا فضلا عن العقد الإلكتروني ويكونا متعارضين، ولقد تطرق المشرع الفرنسي إلى هذا الإشكال واضعا له حل يخص

تنازع الأدلة، وذلك بموجب نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 230 لسنة 2000، والتي تنص على ما يلي:" يفصل القاضي في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية بكل الوسائل الممكنة عن طريق ترجيح الدليل الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه ما لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف"، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نص مماثل في التشريع الجزائري، ولكن عملا بالقواعد العامة للإثبات فإن للقاضي سلطة تقديرية في الموازنة بين الأدلة المقدمة إليه [1]

ومن منظورنا الخاص نرى بأن القاضي عند فصله في الدعوى التي تجمع بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني، فهنا نرى وجود احتمالين:

-**الاحتمال الأول:** إذا جمعت الدعوى المطروحة أمام القاضي للفصل فيها بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني، فهنا يمكننا أن نعمل بالقاعدة التي تقول بأن الدليل الكتابي لا يمكن المساس به إلا بدليل مماثل له في نفس الدرجة، فمثلا الدليل الكتابي الرسمي لا يمكن المساس بحجيته إلا بدليل كتابي رسمي مماثل له، وهذا وفق لقاعدة توازي الأشكال، أما إذا كان الدليل الكتابي في مواجهة الدليل الإلكتروني فيكون هنا الفصل حسب نوع الدليل المقدم، فمثلا لو كان الدليل الكتابي عرفيا والدليل الإلكتروني رسميا فهنا بطبيعة الحال الأولية للرسمية في مواجهة العرفية.

-**الاحتمال الثاني:** في حالة اجتماع الدليل الكتابي العرفي والدليل الالكتروني العرفي في نفس موضوع النزاع، يكون موقف القاضي في هذه الحالة خاصة إذا كان الدليل الإلكتروني مقنع على الدليل الكتابي، فهل القاضي سيتمسك بالدليل الكتابي العرفي عوض الدليل الإلكتروني العرفي لعدم معرفته وتخصصه في المجال العقدي الإلكتروني، أم أنه سيلجأ إلى الخبراء والمختصين في البيئة الرقمية مما يتطلب وقت أكبر ودراسة عميقة، ومنه نجدد اهتمامنا بمعيار تخصص القاضي الجزائري حتى يكون مقتدرا عند الفصل في مسائل الإثبات الإلكتروني.

[1] بوهنتانة أمال، بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص 80.

خلاصة الفصل الثاني

في ختام الفصل الثاني المعنون ب إستراتيجية المشرع الجزائري في تفعيل الشكلية في العقود الإلكترونية، والذي قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول يتضمن التكريس القانوني للشكلية في العقود الالكترونية، حيث خصصنا هذا المبحث لدراسة استحداث القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، الشكلية في العقود المدنية الالكترونية، من خلال تنظيم هذا القانون لركن الشكلية في العقود الالكترونية في مادتين فقط وهما 323 مكرر و 323 مكرر 1، حيث تضمنتا الكتابة والتوقيع الالكترونيين، وهذا إن دل فيدل على قصور القواعد العامة في تنظيم الشكلية في العقود المدنية الالكترونية، فانطلاقة المشرع الجزائري نحو اعتماد الشكلية الالكترونية في إبرام العقود الالكترونية من خلال تخصيص مادتين لتنظيم التعاقد الالكتروني، غير كافي لتنظيم هذه العقود، ثم درسنا توجه المشرع نحو إصدار قانون التجارة الالكترونية 18-05 ، حيث تضمن العديد من المواد القانونية وتطرق فيه إلى مفاهيم تتعلق بالتجارة الالكترونية، كالمورد الالكتروني والمستهلك الالكترونية، وأيضا توثيق المعقد التجاري الالكتروني، فمن خلاله توجه المشرع نحو تكريس الرسمية الالكترونية، وفتح آفاق بموجب استراتيجية القانون 18-05 لاعتماد الرسمية الالكترونية، ثم تناولنا في المبحث الثاني مسألة حجية ركن الشكلية في ضمان صحة العقود الالكترونية، ونستهل الدراسة فيه بصحة الرسمية الالكترونية في إبرام العقود العقارية، وذلك وفق لما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري، حيث خلصنا من خلال البحث في القانون المدني وقانون التجارة الالكترونية، أن المشرع استثنى العقود الرسمية التي نص عليها في المادة 324 من القانون المدني، من إبرامها بالشكل الالكتروني، وبما أن التصرفات الواردة على العقار يشترط فيها المشرع الرسمية، إذن العقود المتعلقة بالعقار أو بحق عيني على عقار هي عقود رسمية، ومن ثم يمنع إبرامها الكترونيا، ويمنع أن تكون ركن الرسمية فيها الكترونية، ومقارنة بالتشريع الفرنسي، ومن خلال القانون المدني الفرنسي وبالتحديد في نص المادة 1174 يجيز المشرع الفرنسي ابرام العقود الرسمية إلكترونيا، ومنها يسمح بإبرام العقود العقارية بالرسمية

التي تتم الكترونيا أي بإجراءات الكترونية، وبواسطة موثق الكتروني، كما استثنى المشرع الفرنسي بعض العقود من التعاقد الالكترونية والمتعلقة بقانون الأسرة والمواريث وهذا في نص المادة 1175، بالنسبة لحجية التوقيع الالكتروني في إثبات العقود العرفية الالكترونية، تطرقنا إلى التوجه القانوني نحو تكريس التوقيع الالكتروني من خلال النص عليه في الشريعة العامة والقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ومن أجل تقدير فعالية حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات الالكتروني، نستقرء المادة 9 من القانون 15-04 التي تتضمن الإجابة على مدى فعالية التوقيع الالكتروني، حيث لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته في الاثبات كدليل أمام القضاء، بسبب عدم اعتماده على شهادة تصديق الكترونية موصوفة، وفي هذا الصدد ساوى المشرع بين التوقيع الالكتروني العادي والتوقيع الالكتروني الموصوف في الاثبات، وذلك في إطار الأخذ بمبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الالكتروني.

***وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.**


خاتمة

خاتمة:

عرفت الشكلية قديما بالشكلية الرومانية، أخذا بالقانون الروماني باعتباره الأصل التاريخي في استحداث الشكلية ركنا لقيام العقود، حيث أفرط القانون الروماني في أحكام الشكلية التي جعلها الركن الوحيد في إبرام العقود، ولا يهم إن كانت الإرادة معيبة أم لا، فلا دور لهذه الأخيرة في تكوين العقود، ومع تعاقب العصور في القانون الروماني بداية من العصر الملكي إلى غاية العصر الامبراطوري، تزعزع استقرار الشكلية ولم تعد الأصل في إبرام العقود، لتحل مكانها الرضائية وتصبح الشكلية هي الاستثناء ونتيجة هذه التغيرات المهمة في القانون الروماني يرجع إلى تدخل رجال الدين في العهد الكنسي المسيحي، بتكريسهم لمبدأ الرضائية وجعله المبدأ العاد في العقود حيث ساعدت على ذلك المبادئ الدينية التي قوامها احترام الوعد والتعهد، وبذلك انقلبت الموازين واحتلت الإرادة الصدارة في العقود القديمة والمعاصرة، إلا أنها وبفعل التطورات الاجتماعية بالدرجة الأولى وفي إطار حماية الحقوق لا سيما العينية وما تعلق منها بالعقار، أصبحت الرضائية عاجزة أمام إثبات هذه الحقوق، الأمر الذي أسفر عن رجوع الشكلية بمفاهيم حديثة مما جعلتها أكثر فعالية في إنعقاد وإثبات العقود، من أهم هذه المفاهيم التوثيق نظرا لتدخل أشخاص مختصين في إضفاء الرسمية على العقود، إلا أنه لم تستطيع هذه التطورات والمفاهيم القانونية الجديدة إزاحة ركن التراضي، فلا يزال هو الأصل في التعاقد والشكلية هي الاستثناء.

لم تتوقف الشكلية عند هذا الحد، فالتطورات العلمية والتكنولوجية أدت إلى خلق وسائل اتصال رقمية وصار التعاقد يتم عبر منصات رقمية إلكترونية، ما ساهم في تغيير طبيعة الشكلية من الورقية المادية إلى الالكترونية الافتراضية، والتي تغيرت معها مفاهيم الكتابة والتوثيق ما استدعى اصلاح قواعد الشريعة العامة حتى تتماشى والطبيعة الالكترونية للعقود، وهذا ما اتجهت إليه التشريعات المعاصرة بغية تنظيم الشكلية الالكترونية، وأسوة بهذه الأخيرة خطى المشرع الجزائري هو الأخر نحو تعزيز أولا الشكلية في العقود التقليدية من خلال اشتراطها في أهم العقود المدنية والتجارية وغيرها، وكذا تعديله لعقود كانت مسألة الشكلية فيها

ترجع لحرية الأطراف، لا غيا هذا الأمر وجعل الشكلية قانونية لا اتفاقية وهذا لضمان تكريس الشكلية في العقود، خاصة ما تعلق منها بالعقارات ورؤوس الأموال، كعقود بيع العقار، وعقود تأسيس الشركة التجارية.

إلا أن المشرع لم يأخذ بفكرة الشكلية على اطلاقها، كون هذه الأخيرة تشتمل على صورتين، الأولى في الكتابة والثانية في الفعل المتمثل في التسليم، ويعد هذا الأخير ركن جوهري في تكوين العقود العينية، ولا ينعقد العقد بدونه، فالمشرع انتقى في ركن الشكلية الصورة الأولى دون الثانية، وهذا ما تضمنته القواعد العامة بالنص على التسليم كالتزام في العقود العينية وليس كركن انعقاد، ومن بين هذه العقود عقد العارية، عقد الوديعة، عقد القرض الاستهلاكي، المنصوص عليها في المواد على الترتيب المادة 538، المادة 590، المادة 450، مما يسفر على أن العقود في التشريع الجزائري هي نوعان عقود رضائية وعقود شكلية، ولا مكان للعقود العينية.

خلافا لما هو منصوص عليه في القانون المدني الفرنسي والذي أخذ بالتقسيم الثلاثي للعقود وهي رضائية، شكلية، عينية، وذلك من خلال نص المادة 1109 من الأمر رقم 2016-131 الصادر في فبراير 2016، كما جعل المشرع الفرنسي التسليم ركنا لقيام العقود العينية ويظهر ذلك جليا من خلال نصوص المواد 1875، 1915، 1892، والمتعلقة بعقد قرض الاستخدام "العارية' وعقد الإيداع" الوديعة" وعقد القرض الاستهلاكي، والتي تضمنت جميعها على فعل التسليم كركن وليس كالتزام، وثانيا الشكلية في العقود الالكترونية من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، بالنص على الكتابة والتوقيع الالكترونيين بموجب المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1، وما يعاب على المشرع هو شح النصوص القانونية، فمن غير المنطقي تصور وضع أحكام للعقود الإلكترونية بمادتين فقط، ليتدارك الأمر بإصداره قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونية المتضمن اثنان وثمانون (82) مادة، وهذا مؤشر جيد على تشجيع المشرع للعقود الالكترونية، والذي نص من خلاله على حجية التوقيع الالكتروني في

الاثبات، مثله مثل التوقيع العادي، وحتى ولم يحوز على شهادة الكترونية موصوفة من قبل سلطات التصديق الالكتروني، وهذا في إطار مبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الالكتروني.

في خطوة أخرى منه وتكريسا للتعاقد الالكتروني في المجال التجاري، أصدر قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والمتضمن هو الأخر لخمسون(50) مادة، حيث تضمن هذا القانون مفاهيم عديدة من أهمها المستهلك الالكتروني والمورد الالكتروني والعقد الالكتروني والدفع الالكتروني، وهذا ما يدل على توجه المشرع الجزائري إلى تحديث النظرية العالمة للعقود، وإصلاح الأسس الكلاسيكية للشريعة العامة في التعاقد بهدف مسايرتها للتطورات الحديثة، كانطلاقة أولى تقبل المشرع فكرة الشكلية في العقود الالكترونية، محاولا إبراز ملامح تحديث القواعد القانونية، إلا أنه أغفل على أهم المفاهيم في الشكلية الالكترونية وهو تنظيم الكتابة الالكترونية باعتبارها الصورة الأولى للشكلية خاصة الكتابة الرسمية وبالنظر إلى أهميتها وقوة حجيتها في الإثبات، ما يستدعي استحداث القواعد المنظمة للتوثيق الالكتروني، خاصة موقف المشرع من صلاحية الشكلية الالكترونية في إبرام العقود العقارية، حيث استثنى هذه الأخيرة من إبرامها بالشكل الالكتروني، من خلال النص عليها في قانون التجارة الالكترونية وبالتحديد في نص المادة 3، والتي حددت إطار ممارسة التجارة الالكترونية ومنعت المعاملات التي اشترط فيها القانون العقد الرسمي، وبالموازاة مع ما تم النص عليه في القواعد العامة ضمن المادة 324 مكرر 1 والمتضمنة لتحديد العقود التي تخضع للشكل الرسمي في ابرامها منها العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، وبالتالي ومن خلال نص هاتين المادتين نستشف أن المشرع استثنى ابرام العقود المنصبة على العقار أو حق عيني على عقار بالشكلية الالكترونية، ومقارنة لموقف التشريع الفرنسي من هذه المسألة حيث أجاز تحرير كتابة رسمية عادية تستوفي جميع الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية على دعامة الكترونية وفق المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، وأيضا لقد أقر المشرع الفرنسي في نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالأمر رقم 2016-131، إبرام العقود الشكلية الالكترونية، فعندما تكون الورقة المكتوبة مطلوبة

لصحة العقد يجوز تحريرها وحفظها على دعامة الكترونية وذلك وفقا لشروط محددة قانونا، واستثنى المشرع الفرنسي هو الأخر بعض العقود من مجال التعاقد الالكتروني في نص المادة 1175 من والمتعلقة بقانون الأسرة والميراث.

كما خصص المشرع الفرنسي الباب الثالث للعقود المبرمة على دعامة الكترونية في المواد من 16 إلى 20 من المرسوم رقم 71-1941 المتعلق بالعقود المحررة من طرف الموثقين المعدل والمتمم، فمنذ صدور القانون المؤرخ في 13 مارس 2000 والذي نص على امكانية تحرير العقود الرسمية على دعامة الكترونية في المادة 1317 من القانون المدني سابقا وأصبحت تنص عليها المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، ولم يتوقف المشرع الفرنسي عند هذا الأمر بل ذهب إلى تكريس تحرير العقود الرسمية الالكترونية عمليا ضمن القانون المنظم لمهنة التوثيق الفرنسي، حيث تم إصدار مرسوم تطبيقي في سنة 2005، رقم 2005-1973 المنظم لأعمال الموثقين، الذي سمح بموجب المادتين 16 و 17 منه للموثق العادي بتحرير العقود الرسمية في شكل إلكتروني، وفقا لنظام معالجة وإرسال المعلومات موافق عليه من طرف المجلس الأعلى للموثقين الذي من خلاله يجب على الموثق العادي، عند توقيعه على المحررات أن يستعين بمنظومة أمن إحداث التوقيعات الإلكترونية، وهذا ما لم يواكبه القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الجزائري، الذي ظل على قواعده الكلاسيكية في تحرير وتوثيق العقود الرسمية، ولم يضفي المفاهيم الجديدة للتوثيق الالكتروني.

وختاما لما تم التطرق إليه نعرج في عرض أهم النتائج والاقتراحات المتوصل إليه في دراسة هذه الأطروحة.

النتائج:

في عرضنا للنتائج نستهلها أولا ما تعلق منها بركن الشكلية في العقود التقليدية، وثانيا بركن الشكلية في العقود الالكترونية، وهذا حتى نستشف التطورات ركن الشكلية في التشريع الجزائري.

النتائج المتعلقة بركن الشكلية في العقود التقليدية:

-الأصل التاريخي لفكرة الشكلية هو القانون الروماني الذي جعلها الركن الوحيد في إبرام العقود التقليدية.

-الشكلية هي فكرة قديمة حديثة تنطوي على الكثير من المفاهيم التي تختلف باختلاف التشريعات.

- الشكلية من منظور فقهي تمثلت في التصرفات التي تخضع لشكليات تحت طائلة عدم الفعالية القانونية، فالفقه أخذ في تحديد مفهوم الشكلية بالمعنى الواسع.

-حددت الشكلية بالكتابة الرسمية في القانون المدني الجزائري الذي قصرها على العقد الرسمي، الذي يختص الموظف أو الضابط العمومي والشخص المكلف بخدمة عامة في تحريره.

-تشتمل الشكلية على صورتين، الأولى الكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية والثانية الفعل وهو التسليم.

-تختلف الكتابة الرسمية عن الكتابة العرفية في الشخص المكلف بتحريرها، حيث في الأولى تحرر من قبل الموظف أو الضابط العمومي والشخص المكلف بخدمة عامة، وفي الثانية من قبل شخص عادي وهو المتعاقد نفسه وصاحب الورقة العرفية.

-العقود الرسمية لا تقتصر فقط على العقود التوثيقية وإنما تشمل العقود الإدارية والعقود القضائية والعقود التشريعية.

-تستمد العقود الرسمية حجيتها المطلقة في الاثبات على الكافة بما تتضمنه من معلومات من صفة الشخص المختص قانونيا بتحريرها.

-تستمد العقود العرفية حجيتها فيما بين أطرافها من توقيع صاحبها، وبالنسبة للغير إذا كانت لها تاريخا ثابتا.

- يتحول العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، إلى عقد عرفي إذا تضمن على توقيع المتعاقدين.

– مفهوم التسليم ظهر في القانون الروماني، ويعد ركن أساسي في قيام العقود العينية، أخذ به القانون الفرنسي في بعض العقود كالعارية والوديعة والقرض الاستهلاكي، والتي اعتبرها المشرع الجزائري رضائية يكون فيها التسليم كإلتزام وليس ركن انعقاد.

–دور الشكلية في تحقيق جدية التعاقد من خلال ضبط الإرادة بالكشف عن نوايا المتعاقدين، والتصدي لما يفسد مضمون التعبير عن الإرادة من وسائل الاحتيال والخداع والصورية، ما يسفر عن الارتقاء بنظرية العامة للعقود.

– أهمية الشكلية في ضمان حماية قانونية فعالة للمتعاقدين، خاصة الكتابة الرسمية الحائزة على الحجية المطلقة، والتي تضبط مسألة استحالة الاثبات مما يساهم في تفعيل نظرية الإثبات

–تخلف شكلية الانعقاد يرتب البطلان المطلق، وشكلية الاثبات البطلان النسبي، وعدم صحة شكلية الإثبات لا يؤثر على فعالية وصحة ركن الشكلية في انعقاد العقد، إلا أن عدم صحة شكلية الانعقاد يؤثر على صحة شكلية الإثبات.

–توجه المشرع الجزائري نحو اعتماد الكتابة الرسمية ركنا في قيام أهم العقود، كعقد البيع العقاري وعقد الوعد بالبيع العقاري بالنسبة للعقود المدنية، وعقد الشركة التجارية، عقد الايجار التجاري بالنسبة للعقود التجارية، ما يدل على قيمة الكتابة الرسمية في ضمان حماية المصالح الخاصة والعامة.

– الطعن في حجية العقود الرسمية المطلقة لا يكون إلا بالادعاء بالتزوير سواء بدعوى أصلية أو بطلب فرعي.

–يلتزم الموثق بتسجيل العقود الرسمية المتعلقة بالبيوع العقارية لدى مصلحة التسجيل والطابع، بغية اكتسابها تاريخ ثابت الى ضمان استقرار الملكية العقارية.

–عقود البيوع العقارية تلزم إجراءات الشهر العقاري حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، حيث جعل المشرع الجزائري من الشهر العقاري هو المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية.

– انتقال الملكية العقارية يبقى متوقفا على مراعاة إجراء الشهر العقاري، وبذلك فإنه لا الرسمية ولا التسجيل تغني عن هذا الإجراء.

–المحافظ العقاري هو موظف عمومي يتم تعيينه بموجب قرار صادر عن وزير المالية من أجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري، يطلق عليها اسم المحافظة العقارية.

– دور المحافظ العقاري في عملية الشهر العقاري بداية من التأكد من الإيداع القانوني للوثائق والسندات الخاضعة للشهر العقاري، ومن ثم افتتاح عملية المسح العام للأراضي، مرورا بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري عند استلامه وثائق مسح الأراضي والامضاء عليها، تليها انشاء البطاقات العقارية، إلى غاية اعداد وتسليم الدفتر العقاري للمالك باعتباره سندا على ملكيته.

– يعتبر الدفتر العقاري الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية ويتمتع بحجية مطلقة تمنح صاحبها قرينة قانونية قاطعة لا يمكن الطعن فيها الا بالتزوير.

النتائج المتعلقة بركن الشكلية في العقود الالكترونية:

–تأثير تطورات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على ظهور منصات التعاقد الرقمية التي أسفرت على ظهور مفاهيم جديدة تسببت في اضطراب قواعد الشريعة العامة التي تسببت في تأزم في الأسس الكلاسيكية لنظرية العامة للعقود.

– العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، كونه وليد التقدم التكنولوجي ووسائل التقنية الحديثة.

– العقد الإلكتروني ليس استثناء من أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، فهو يتم بالتراضي شأنه شأن العقود التقليدية، مع اختلاف الطبيعة الالكترونية للإيجاب والقبول.

– يتم التعاقد الإلكتروني من خلال شبكة اتصالات دولية والذي يبرم في مجلس عقد افتراضي، وعلى دعامة إلكترونية.

–تشترط العقود الالكترونية توفر ركن الشكلية الالكترونية والتي تشتمل على الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

–استحدث المشرع الجزائري الشكلية الالكترونية من خلال القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، بالنص على الكتابة والتوقيع الالكترونين في المادتين 323 مكرر، 323 مكرر 1.

–إصدار القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، أكد على موقف المشرع الجزائري من تبني الشكلية في العقود الالكترونية.

–أخذ المشرع بمبادئ المماثلة وعدم التمييز بين التوقيعات الالكترونية في الاثبات، حيث ساوى بين التوقيع العادي والتوقيع الموصوف.

– التشفير ألية لحماية سرية وضمان عدم إجراء أي تعديل على المعلومات المرسلة عبر شبكة الانترنت، بتحويل بيانات المحرر الإلكتروني إلى صيغة غير مقروءة.

– استحدث المشرع ألية التشفير لحماية التوقيع الالكتروني، من خلال مفتاح التشفير الخاص، ومفتاح التشفير العمومي.

–يتولى مهمة التصديق الالكتروني ثلاث سلطات وهي السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني، والسلطة الحكومية للتصديق الالكتروني والسلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني.

–استحداث المشرع الجزائري الشكلية الالكترونية في العقود التجارية، من خلال إصدار قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

–واكب المشرع الجزائري مفاهيم جديدة في مجال عقود التجارة الالكترونية، واضعا الإطار القانوني لتنظيم الشكلية الالكترونية في المعاملات التجارية الالكترونية.

–استثنى المشرع الجزائري إبرام العقود الرسمية بالشكل الالكتروني، وبالتالي العقود المنصبة على عقار أو حق عيني على عقار يمنع إبرامها إلكترونيا.

–لم يعترف التشريع الجزائري بصحة الشكلية الالكترونية في إبرام العقود الرسمية، حيث لم يعادل بين قيمة الكتابة الرسمية الالكترونية والكتابة الرسمية التقليدية، وهذا عكس ما أخذ به التشريع الفرنسي الذي أجاز إبرام العقود العقارية إلكترونيا.

– إقرار المشرع الفرنسي للتكافؤ الوظيفي بين الكتابة الرسمية العادية والكتابة الرسمية الالكترونية.

– إصدار المشرع الفرنسي مرسوم تطبيقي في سنة 2005 المنظم لأعمال الموثقين، يسمح للموثق العادي بتحرير العقود الرسمية في شكل إلكتروني، وفقا لنظام معالجة وإرسال المعلومات موافق عليه من طرف المجلس الأعلى للموثقين، ويستعين بمنظومة أمن إحداث التوقيعات الإلكترونية عند توقيعه على المحررات

–المشرع الفرنسي أجاز الكتابة الإلكترونية في العقود الشكلية التي تعد الرسمية ركنا للانعقاد فيها، ومنه امكانية تحرير العقود الرسمية على دعامة الكترونية.

–الأخذ بمفهوم العقود الرسمية يلزم أن تكون الكتابة الرسمية الالكترونية هي من يثبت فيها موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة بوسيلة الكترونية ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه

–استثنى المشرع الفرنسي بموجب المادة 1175 من القانون المدني الفرنسي، العقود المتعلقة بقانون الأسرة والميراث من إبرامها إلكترونيا.

-قصور القواعد العامة للقانون المدني الجزائري في تنظيم العقود الالكترونية، خاصة الكتابة الالكترونية.

-لم يساوي المشرع الجزائري بين الشكلية في العقود التقليدية والشكلية في العقود الالكترونية، ولم يعترف بصلاحيات الموثق الالكتروني في تحرير العقود الرسمية الالكترونية.

-إغفال المشرع الجزائري عن مسألة تنظيم مفهوم الشكلية الالكترونية وما تنطوي عليه من مفاهيم حديثة.

الاقتراحات:

-ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة النظر في قواعد الشريعة العامة فيما يخص تنظيم ركن الشكلية في العقود التقليدية، الذي لم يخصص له إطار يشمله بقواعد قانونية متسلسلة ومرتبة، وعنونته لركن الشكلية وما يندرج ضمنها من أحكام، فالمشرع لم يتطرق للشكلية إلا من خلال الفصل الأول المعنون بالإثبات بالكتابة، حيث أن الكتابة لا تتعلق بالإثبات فقط، وإنما تلعب دور فعال كركن في إبرام العقود، وهذا أمر يتأسف عليه بالنظر إلى دور الشكلية في قيام أهم العقود المدنية والتجارية، حيث كان جديرا بالمشرع تنظيمها مثلما فعل مع ركن التراضي.

-ندعو المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في مسألة ركن التسليم، لعدم اعترافه بالعقود العينية ومن ثم عدم إقراره التسليم كركن لانعقاد هذه العقود، حيث اكتفى بالتسليم كالتزام وليس كركن، حيث أن تطبيق التسليم كركن أساسي لقيام العقود أكثر ضمانا من كونه التزاما، ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام يترتب عليه إخلال ببنود العقد، على عكس لو أخذنا بالتسليم كركن، والذي يترتب على عدم توفره انعدام العقد أصلا مما يبين حقيقة الإرادة الباطنية وما تنطوي عليه من صورية أو احتيال، فالدور الذي يحققه التسليم كركن يعجز عنه وهو كالتزام، ناهيك عن دوره الفعال في تحقيق الاستقرار العقدي والعدالة في المعاملات.

-ندعو المشرع الجزائري نحو التوجه إلى إصلاح النظرية العامة للعقود، من خلال إضافة إليها المفاهيم الجديدة للتعاقد الالكتروني، وتخصيص لها مساحة في القانون المدني، بغية مسايرتها للتطورات التكنولوجية الحديثة.

-اصلاح نظرية الاثبات من خلال إعادة ضبط طرق الاثبات، فيما يتعلق بالكتابة التي لم تعد تقليدية فقط، بل أصبحت هناك كتابة الكترونية، تحمل نفس مقومات الكتابة التقليدية، وتتمتع بنفس الحجية في الاثبات، وتحسبا لوقوع نزاعات مستقبلية في العقود الالكترونية تكون فيها مسألة الاثبات قائمة على الكتابة الالكترونية، كان لزاما تنظيمها من خلال تحديث قواعد نظرية الاثبات.

-إصدار قانون يتضمن أحكام الكتابة الالكترونية، بتحديد مفهومها وأليات الكتابة الالكترونية، وحجيتها في الاثبات، ودورها في انعقاد واثبات العقود الالكترونية، أيضا التطرق لفكرة التفرقة بين الكتابة الالكترونية الرسمية والكتابة الالكترونية العرفية، وفتح الأفاق نحو إقرار التكافؤ الوظيفي بين العقود الرسمية التقليدية والعقود الرسمية الالكترونية، خاصة إقرار صحة إبرام العقود العقارية بالشكلية الإلكترونية.

-ضرورة تعديل قانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، بإضافة المفاهيم المعاصرة للتوثيق الالكترونية وإنشاء سلطات خاصة بتحرير العقود الرسمية الالكترونية، فهذه التغييرات أمر لا مفر منه نظرا للتطورات التكنولوجية السريعة فنحن في عصر السرعة، ولا بد من استيعاب القواعد القانونية لتطورات المجتمع، حتى لا نكون أمام أزمة قوانين عاجزة عن مواكبة المستجدات التكنولوجية والمعلوماتية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر والمراجع باللغة العربية

المصادر

القوانين الوطنية

***القوانين:**

01–القانون رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق جريدة رسمية، رقم 70/107.

02– القانون رقم 88–14 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408، الموافق 3 مايو 1988، المعدل والمتمم للأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني جريدة رسمية 18، الصادرة في 17 رمضان 1408 الموافق 4 مايو سنة 1988.

03–القانون رقم 90–25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 18 نوفمبر 1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم 95–26 المؤرخ في 27 سبتمبر 1995، جريدة رسمية عدد 55، الصادرة في 19 ديسمبر 1995.

04–القانون رقم 05–10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام1426 الموافق 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في جمادى الأولى عام 1426، الموافق 26 يونيو سنة 2005.

05–القانون رقم 06–02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة في 8 صفر عام 1427 الموافق 8 مارس سنة 2006.

06-القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21.

07-القانون رقم 15-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 1 فبراير 2015 المتعلق بعصرنة العدالة جريدة رسمية عدد 6 الصادرة في 20 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 10 فبراير سنة 2015.

08-القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015.

09- القانون رقم 18-05، مورخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية، العدد 28، بتاريخ 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 ماي سنة 2018.

***الأوامر:**

01-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975.

02- الأمر رقم 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة ال رسمية عدد 92 سنة 1975.

03-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم جريدة رسمية عدد 101، الصادرة في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975.

04-الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، الصادرة في 18 ديسمبر 1976.

05- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة في 16 يوليو سنة 2006.

***المراسيم التنفيذية**

01- المرسوم التنفيذي رقم 76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، جريدة رسمية عدد 30، الصادرة في 13 أفريل 1976، المعدل والمتمم.

02-المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية عدد 30الصادرة في 13 أفريل 1976 المعدل والمتمم.

03-المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 مايو 1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 34، الصادرة في 32 مايو 1993.

04- المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة بتاريخ 07 جوان 2007.

05- المرسوم التنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 22 شوال عام 1432 الموافق 20 سبتمبر سنة 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي إدارة الجماعات الإقليمية، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة في 28 سبتمبر سنة 2011.

06-المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الالكترونية، جريدة رسمية عدد28، الصادرة في 08 ماي 2016.

***القوانين النموذجية**

01-قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع سنة 1996، مع المادة 5 مكررا الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، الأمم المتحدة، نيويورك 2000،

02-قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في دورتها الرابعة والثلاثون في فيينا 2001.

***قرارات الغرفة المدنية بالمحمة العليا:**

01-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 7/2/1990 ملف رقم 57930 المنشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1990.

02- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 18/02/1997، ملف رقم 136156، المجلة القضائية العدد 01، سنة 1999.

03-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية ملف رقم 258113 المؤرخ في 30/01/2001.

المراجع

***الكتب**

أ-المؤلفات العامة:

01-أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، بدون سنة.

02-أكو فاتح حمه رهش، الشكلية في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، العراق، 2016.

03-العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، (وفق أخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.

04-جابر محجوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام في القانون المصري، (المصادر الارادية وغير الارادية)، الطبعة الأولى، دار لمار للنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2022.

05-حامد محمد شبيب الجبوري، أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية-دراسة مقارنة-، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2021.

06-سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، بغداد، 2018.

07-عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.

08-علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

09-علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

10-محمد أحمد كاسب خليفة، الإثبات والإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2019.

11-محمد عزمي البكري، موسوعة البكري القانونية في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار محمود للنشر والتوزيع، المجلد الأول، دار محمود، القاهرة، 2021.

12-محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.

13-مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني أركانه، أثاره، بطلانه، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2012.

ب-المؤلفات المتخصصة:

01-أحمد خليفة شرقاوي، القوة التنفيذية للمحررات الموثقة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

02-أحمد عرفة أحمد يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020.

03-آزاد دزه يي، النظام القانوني للمصادقة على التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2016.

04-إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته" الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008.

05-أيمن أحمد الدلوع، التنظيم القانوني للتوثيق الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016.

06-حسين عبد اللطيف، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، لبنان، 1994.

07-خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013.

08-خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.

09-خالد ممدوح إبراهيم، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.

10-خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020.

11-سعاد حسان، اثبات التعاملات الالكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2019.

12-سمير دنون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.

13-عبد اللطيف بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة الجزائر، 2004.

14-عبد الجواد سليمان حمدى، الطعن بالتزوير بالإنكار بالجهالة وحجية الأوراق الرسمية والعرفية، الطبعة الثانية، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، دار السماح للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

15-عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003.

16-عبد الحكيم فودة، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2006.

17-عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، مصر، 1999.

18-عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التجارة الإلكترونية والقانون، دار العلوم، مصر، 2010.

19-عبد الصبور عبد القوي على مصري، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، 2012.

20-عبد الفتاح بيومى حجازى، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004.

21-عبد الفتاح بيومى حجازى، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005.

22-عبد الله نوار شعت، الإثبات والالتزامات في العقود الالكترونية، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017.

23-عبد الوهاب عرفة، المرجع في التوثيق بمكاتب التوثيق وفروعها التابعة لمصلحة الشهر العقاري، الطبعة الثانية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997.

24-عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.

25-علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية "التراضي- التعبير عن الإرادة" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

26-عماد الدين رحايمية، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري (دراسة في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء)، دار الحكمة، الجزائر، 2017.

27-فايز محمد حسين محمد، الوديعة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مصر، 2002.

28- فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.

29-فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

30-لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2009.

31-محمد أحمد كاسب خليفة، الإثبات والإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2019.

32-محمد الصيرفي، التسويق العقاري الالكتروني، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2016.

33-محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

34-محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.

35-مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

36-مونة مقلاتي، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة، دراسة في التشريعات المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2019.

37-هاني وجيه العطار، التجارة الإلكترونية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن،2021.

38-وليد علي محمد علي، حجية التوقيع الالكتروني وتطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2019.

39-يوسف حسن يوسف، الاقتصاد الإلكتروني، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012.

40-يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، مصر، 2011.

***المقالات العلمية**

01-أحمد العطري، حسين بطيمي، "مكانة العقود الرسمية من التجارة الالكترونية""، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 1، مارس 2020.

02-أحمد بولكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، "عقود التجارة الإلكترونية وحجية التوقيع الإلكتروني"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 04، العدد 02، 2019.

03-أسامة بن غانم العبيدي، "حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، 2012.

04-أسماء حسناوي، "الوعد بالبيع العقاري بين التشريع والاجتهاد القضائي"، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 10، العدد 01، 2022.

05-إكرام رقيعي، الإطار المفاهيمي "للعقد الالكتروني"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 05، العدد 02،2021.

06-إكرام رقيعي، "خصوصية التوقيع الالكتروني في العقد التجاري الالكتروني على ضوء القانون رقم 18-05"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 02، سبتمبر 2019.

07-الزهرة جقريف، "الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 3 ،2020.

08-الزهرة رزايقية، عصام نجاح، "الشكلية في عقود الاستهلاك"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019.

09-الزهره بره، جميلة حميدة، "شهادة التصديق الإلكتروني كألية لتعزيز الثقة في المعاملات الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10 العدد 01، أفريل 2019

10-الصالح بوغرارة، "الشكلية في التصرفات القانونية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 01، 2015

11- الصالحين محمد العيش، "الشكلية في العقود الإلكترونية"، دراسات قانونية، المجلد 16، العدد 16، 2007.

12-الطاهر بريك، "دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة معارف، السنة السابعة، العدد 15، ديسمبر 2013.

13-الطاهر غيلاني، سامية بولافة، "التوقيع الإلكتروني في ظل القانون 04-15"، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، المجلد 05، العدد 1، 2020.

14-العروي زواوية، قماري نضيرة بن ددوش، "حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد السابع، ديسمبر 2016.

15-العيد شايبي، "ركن الشكل في الوعد بالبيع الوارد على العقار في القانون الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 8، العدد 1، 2022.

16-العيد صفاي، "توثيق العقد وحجيته"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، 2022.

17-المختار بن قوية، "حجية الكتابة الالكترونية في المواد المدنية"، مجلة الحوكمة والقانون الاقتصادي، المجلد 02، العدد 01، 2022.

18-إلهام بكوش، عبد القادر شرفي، "حجية الكتابة كوسيلة للإثبات"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 11، العدد 01، 2017.

19-الياقوت عرعار، "التوقيع الإلكتروني كألية لأمن وسلامة الوفاء الرقمي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، المجلد 11، العدد 03، 2020.

20-أمال بوبكر، "التصديق الإلكتروني كألية لتدعيم الاقتصاد الرقمي في الجزائر"، مجلة التنمية والاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، المجلد 03، العدد 01، 2019.

21-أمال بوهنتالة، بسمة فوغالي، "مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منشوري قسنطينة، المجلد 05. العدد 02، 2020.

22-آمال مشتي، "التجارة الإلكترونية في الجزائر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، 2018.

23-أمينة بن يمينة، فراحي كوثر، زهدور السهلي، "إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري طبقا للتشريع الجزائري"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص ماي 2018.

24-أمينة عبدلي، "النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020.

25-أمينة قهواجي، ليلى مطالي، "الإطار المفاهيمي والقانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين في الجزائر"، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، المجلد 04، العدد 08، 2019.

26-إيمان بغدادي، "التوقيع الالكتروني كبديل للتوقيع التقليدي في التجارة الالكترونية"، مجلة الاقتصاد الدولي والعولمة، جامعة الجلفة، المجلد 02، العدد 04، 2019.

27-إيمان بوناصر، الهادي خضراوي، "المستجدات القانونية والتقنية في تنظيم المحررات الإلكترونية الرسمية"، مجلة البحوت القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 11، ديسمبر 2018.

28-أيمن بوزانة، وفاء حمدوش، "التجارة الالكترونية في سياق القانون رقم 18-05 والمراسيم التنفيذية المتعلقة بالسجل التجاري الالكتروني في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021.

29-بسمة بلجدوي، "النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة المعيار ، المجلد 12، العدد 02، ديسمبر 2021.

30-تورية ديش، أحمد داود رقية، "العقد التوثيقي الإلكتروني كألية لعصرنة مهنة التوثيق "دراسة مقارنة""، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 01، 2021.

31-تورية ديش، "دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية، دراسة مقارنة"، مجلة العلوم وآفاق المعارف، جامعة عمار ثليجي بالأغواط الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2022

32-جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، "ضمان مطابقة المبيع في عقود الاستهلاك الالكتروني " دراسة مقارنة"، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة دمياط، العدد الأول، 2020.

33-جمال بوشنافة، "الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 03، العدد 04، جانفي 2011.

34-جمال ديلمي، محمد اقلولي، "خدمة التصديق كألية لتوثيق المعاملات الإلكترونية"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021

35-جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة العفرون البليدة، المجلد 06، العدد 02، 2017.

36-جهيدة جليط، "حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية"، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2018.

37-حدة مبروك، "حجية السندات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد 01، 2018

38-حسينة شرون، صونيا مقري، "التوقيع الإلكتروني كألية لتوثيق المعاملات الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021.

39-حكيم نشاد، حشروف فاطمة الزهراء، صديقي وحيدة، "المستهلك الالكتروني وآليات حمايته في عصر الاقتصاد الرقمي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو، المجلد 1، العدد 2، 2018.

40-حمزة بن خدة، "قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، مجلة الأستاذ الباحث الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، سبتمبر 2018.

41-حميدة قوميري، "التزام مؤدي خدمات التصديق بحماية البيانات الشخصية بشأن التوقيع الرقمي القانون 15-04، والقانون 18-07"، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 01، 2021

42-حنان براهمي، "المحررات الالكترونية كدليل إثبات"، مجلة المفكر، المجلد 08، العدد 01، 2013.

43-حنان جديد، "السندات الرسمية الإلكترونية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 01، 2015.

44-حياة عفرة، "التعديلات القانونية الواردة على عقد الإيجار في القانون الجزائري والتعليق عليها"، مجلة صوت القانون، المجلد 06، العدد 01، أفريل 2019.

45-حياة كحيل، "حجية الإثبات الالكتروني"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، 2016.

46-حياة محمود، باهي التركي، "الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على الحل التجاري تعديل لنظرية العقد أم استثناءا منها؟"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، 2022.

47-خالد أبو طه، أحمد حسنية، "الشكلية في العقود التجارية – دراسة تحليلية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، أفريل 2020.

48-خالد المحمد، "المحررات الإلكترونية: إشكالية الدليل في المسائل التعاقدية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 2، العدد الأول، 2022.

49-خيرة هلالبي، تربح مخلوف، "أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد02، 2017.

50-ربيحة إلغات، "الملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 50، العدد 5، 2013.

51-رحمة تريش، "العقد التوثيقي الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص، 2021 .

52-رضوان قرواش، "هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين" المفهوم والالتزامات"، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، العدد 24، جوان 2017.

53-رقية سكيل، "الإثبات بالكتابة الالكترونية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 06، العدد 04، 2021.

54-رمزي بن الصديق، "تزوير المحررات الإلكترونية بين قابلية الخضوع للقواعد التقليدية وضرورة مراعاة الخصوصية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، 2018

55-رياض بركات، محمد الصغير مسيكة، "حجية المحررات التوثيقية في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022.

56-ريم مراحي، "الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 11، العدد 01، 2018.

57-زهيرة بن خضرة، "الوعد بالبيع العقاري كعقد تمهيدي لكسب الملكية العقارية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 15، 2019.

58-زهيرة كيسي، "النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 04، العدد 07، جوان 2012.

59-زوبير براحلية،"الحجية القانونية للدفتر العقاري في حماية الملكية العقارية الخاصة"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة الجزائر، المجلد 08، العدد 01، مارس 2023.

60-سامية حساين، كهينة قونان، "الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 4، 2020.

61-ساهرة حسين، كاظم الزركاني، "التعاملات الالكترونية والاستثناءات الواردة عليها في مسائل الشكلية والأحوال الشخصية"، Lark Journal revue، المجلد 48، العدد 2، 2023.

62-سراح حليتيم، "خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، المجلد 05، العدد 02، جويلية 2018.

63-سعادة بن زيان، "الشهر العقاري إجراء وجوبي لانتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 10، العدد01، 2022.

64-سعد بعداش، "العقد الالكتروني"، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، عدد 2، 2021.

65-سفيان سوالم، "حماية المعطيات الشخصية المرتبطة بخدمة التوقيع والتصديق الالكترونيين"، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 02، 2022.

66-سليمان بن الشريف، إبراهيم يامة، "نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية-دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد6، العدد 1، جوان 2019.

67-سليمة غول، جيلالي شويرب، "حجية المحررات الإلكترونية كدليل إثبات في معاملات التجارة الإلكترونية"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 15، عدد 3، جويلية 2023.

68-سمية زرارقي، فريدة عيادي، "العقد بين الأزمة ومقتضيات التطور"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022.

69-سمير دحماني، "دراسة مقارنة بين التوجيه الأوروبي رقم 99/93 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية والقانون رقم 15-04- المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين"، المجلة النقدية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 02، 2018.

70-سوسن بو صبيعات، "فعالية العقود العرفية الثابتة التاريخ في تطهير الملكية العقارية في الجزائر"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد أ، عدد 43، جوان 2015.

71-سيف الدين محمود بان، "العقد الالكتروني ووسائل اثباته"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 7، 2019.

72-شادي رمضان إبراهيم إبراهيم طنطاوي، "التزامات مقدمي خدمات التوثيق في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، الجزء الأول، العدد السابع، الإصدار الأول، 2022.

73-شادي رمضان إبراهيم، "التوثيق الإلكتروني لعقود التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد 5، العدد 10 ،2021.

74-شريف بغني، "حقوق التسجيل المطبقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة، المجلد 03، العدد 01، مارس 2020.

75-صبرينة جبايلي، "النظام القانوني للسلطة الوطنية للتصديق الالكتروني"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 1، عدد 48، 2017.

76-صفية بردان، "الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الموثق الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر 2017.

77-عارف علي عارف، نادية ياس البياتي، "العقود الإلكترونية: دراسة فقهية تحليلية"، مجلة الاسلام في آسيا، المجلد 10، العدد 2، 2013.

78-عبد الرحيم مسلمي، محمد براسي، "آلية الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019.

79-عبد العزيز سمية، "التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للإثبات – دراسة مقارنة"، مجلة معارف، المجلد 09، العدد 17، 2014.

80-عبد القادر حمري، "شروط القيد في السجل العقاري"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، المجلد 03، العدد 01، جانفي 2018.

81-عبد القادر فصيح، محمد بن عمر، "التوقيع الالكتروني ودوره في الاثبات"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 03، 2016.

82-عبد الكريم جواهرة، "المحررات الخاضعة للشهر"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 06، العدد 03، ديسمبر 2022.

83-عبد اللطيف فاصلة، محمد أمين مزيان، أحكام تسجيل عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 02، 2015.

84-عبد النور بن لعلى، جربوعة منيرة، "التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد: تجديد للعقد أم تخفيف من حدة القواعد الكلاسيكية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 58، العدد 05، 2021.

85-عبد النور نوي، "مبدأ الموثوقية في ظل القانون 15/04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين"، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، 2021.

86-عدنان بوزيد، قماري بن ددوش نظرة، "الرسمية في الوعد بالبيع العقاري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 07، العدد 13، جوان 2019.

87-علياء عبد الرحمن مصطفى، "الحجية القانونية للمستند الالكتروني في الاثبات المدني"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 5، العدد 3، 2021

88-علي رحال، "حجية المحررات الالكترونية في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري والتشريع المقارن"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، 2021.

89-عمارة قندوز، "أركان عقد الشركة التجارية في القانون الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 01، 2023.

90-عمرو عبد المنعم دبش، "إثبات المستندات الإلكترونية" الإثبات الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 04، العدد 01، 2019.

91-عيسى أحمد، "اسباب كسب الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، 2015.

92-غاني جدر السعدي، أكرم محمد حسان، "النظام القانون لشهادة التوثيق الالكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017.

93-غنية باطلي، "الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات"، التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، عدد 30، جوان 2012.

94-غنية باطلي، "فعالية التوقيع الإلكتروني في توثيق البيانات والكتابة الإلكترونية"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة سطيف، المجلد 02، العدد 01، 2020.

95-فاطمة الزهراء ريحي تبوب، "واقع النظرية العامة للعقد في البيئة الرقمية"، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء 01، العدد 14، 2020.

96-فاطمة باهة، "الإثبات بالكتابة الإلكترونية على ضوء القواعد العامة حماية لحقوق المتعاملين بها "دراسة مقارنة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 02، 2022.

97-فاطمة باهة، "التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة"، مجلة التعمير والبناء، المجلد 03، العدد 01، 2019.

98-فاطمة باهة، "شهادة التصديق الالكتروني كألية لضمان حجية المعاملات الالكترونية " في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري""، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 02، 2015

99-فائزة براهامي، الطبيعة القانونية لعقد الوديعة النقدية المصرفية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد السابع، ديسمبر 2016.

100-فتحي دريس كمال، "الرقابة المفروضة على مؤدي خدمات التصديق لبعث الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08 العدد 02 جوان 2022.

101-فتحي دريس كمال، "آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24، 2017.

102-فتحي دريس كمال، بدر الدين مرغني حيزوم، "مسؤولية المورد الإلكتروني"، دراسة اقتصادية وقانونية، Revue des Reformes Economiques et lategration En Economie Mondiale، المدرسة العليا للتجارة الجزائر، المجلد 13، العدد 03، 2019

103-فتيحة بشور، "تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021.

104-فراس بحر محمود، "مجلس العقود الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 17، 2015.

105-فريد كركادن، "الطبيعة الخاصة للمحل التجاري بين النصوص التشريعية الجزائرية وأحكام القضاء الفرنسي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10. العدد 03، 2019.

106-فضيلة يسعد، "القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 3، 2019.

107-فطيمة الزهراء مصدق، "التصديق الإلكتروني كوسيلة حماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 05، العدد 01، 2020.

108-قدور المزوار، "سلطات المحافظ العقاري في مراقبة إجراءات الشهر العقاري"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 04، العدد 02، 2018.

109-كريمة كريم، "عقد الشركة من الكتابة العادية إلى الكتابة الالكترونية (دراسة في القانون الجزائري المقارن)"، مجلة الحقوق، المجلد 18، العدد 1، 2021.

110-كلثوم بوخروية، "الطبيعة القانونية للدفتر العقاري والجهات القضائية المختصة بالفصل في النزاع"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، العدد01، 2020.

111-لخضر دغو، بلقاسم حامدي، "التوقيع الإلكتروني كوسيلة حديثة للإثبات"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة المجلد 6، العدد 1، 2016.

112-لطيفة بوراس، "الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، المجلد 14، العدد 2، 2019.

113-محمد الأمين مستاري، عبد القادر ضامن، "الشهر العقاري كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة، جامعة زبان عاشور – الجلفة، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر 2018.

114-محمد البشير بالطيب، "الطبيعة القانونية للشركة: رؤية حديثة، الطبيعة القانونية للمجتمع: رؤية جديدة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد12، العدد 2, 2020.

115-محمد بن قادة خويرة، "النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاصة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2016.

116-محمد بوراس، "نظام الشهر العقاري في الجزائر: تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي؟"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 01، 2020.

117-محمد رايس، "حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، 2014.

118-محمد زحزاح، يوسف يحياوي، "الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 03، العدد 02، جوان 2015.

119-محمد سادات، "أثر تنوع التوقيعات الالكترونية على حجية العقود العرفية الإلكترونية في القانون الجزائري"، مجلة صوت القانون، الجزء 02، العدد 07، 2017.

120-محمد عبيب، محمد بوراس، "الإطار القانوني لممارسة الطعن ضد المحررات الرسمية أمام القضاء في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، 2021.

121-محمد عقوني، براهيم بلمهدي، "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 14، العدد 01، 2019.

122-محمد علياتي، "فعالية نظام التوثيق ودوره في تحقيق استقرار المعاملات العقارية"، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 1، 2021.

123-محمد فائز خضور، "المسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني"، مجلة جامعة البعث، المجلد 43، العدد 13، 2021 .

124-محمد كريم، "معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، 2017.

125-محمد لمين بن قايد علي، "العقد الإلكتروني: تصنيف جديد للعقود القائمة"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2021.

126-محمود حياة، التركي باهي، "الشكلية في عقد البيع الالكتروني للإثبات أم للانعقاد"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01، 2022.

127-مريزق عدمان، عماد بوقلاشي، "الأمن المعلوماتي في ظل التجارة الالكترونية- إشارة إلى حالتي تونس والجزائر"، مجلة الاقتصاد الجديد، جامعة خميس مليانة الجزائر، المجلد 1، العدد 02، 2010.

128-مليكة جامع، "النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 04، ديسمبر 2018.

129-منصور داود، "الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 04، 2015.

130-منية شوايدية،" تأسيس الشركات التجارية في التشريع الجزائري بين الطابع التعاقدي والنظامي"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، 2020.

131-منية نشناش، "مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات (دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والفرنسي)"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد 4، 2018.

132-منيرة عبيزة، "التوقيع الإلكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي بالأغواط المجلد 02، العدد 01، 2018.

133-مولود قارة، "التوثيق الالكتروني، شكله وإجراءاته"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، ديسمبر 2021.

134-ميلود بن عبد العزيز، أمال بوهنتالة، "جزاء تخلف أركان عقد الشركة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 05، جانفي 2017.

135-نادية باكور، "حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال إثبات العقود الذكية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 02، 2022.

136-نجوى سديرة، "الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني كآلية لتدعيم الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 02، 2022.

137-نذير قورية، "دور مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في حماية المستهلك على ضوء القانون رقم 15/04"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 02، جوان 2018 .

138-نسيم بلحو، "أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 08، 2017.

139-نسيمة حشود، "حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، 2017.

140-نورة جبارة، "أثر التحولات التكنولوجيا على النظرية العامة للعقد: العقد الالكتروني"، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، الجزء 01، العدد 14، 2020.

141-هاجر بضياف، "إشكالات شهر العقود الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، العدد 02، 2021.

142-هاجر عبد الدايم، "الدفتر العقاري كسند في إثبات الملكية العقارية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2022.

143-هاني سليمان الطعيمات، "حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات المعاملات المالية دراسة فقهية قانونية مقارنة"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 14، عدد 2، 2018.

144-هدى برابح، "خطوات ومراحل عملية مسح الأراضي في ظل التشريع الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 11، العدد 02، 2023.

145-هشام كلو، "عقد الإيجار التجاري طبقا للقانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 32، العدد 01، 2018.

146-هشام مسعودي، "الإطار المفاهيمي والخصائصي للعقود الإلكترونية - دراسة في الحدود والنطاق"، مجلة الرسالة الدراسات والبحوث الانسانية، المجلد 07، العدد 02، 2022.

147-هند بلخير، "عقد الايجار التجاري في القانون الفرنسي نظام قانوني خاص"، مجلة الفكر المتوسطي، المجلد 10، العدد 02، 2021.

148-وردة بوزيد، "توثيق التوقيع الالكتروني"، مجلة البيبان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، جوان 2018.

149-يوسف مسعودي، رحاب أرجيلوس، "مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-04)"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 6، العدد 1، جانفي 2017.

***الأطروحات والرسائل**

أ-أطروحات الدكتوراه

01-الزهرة جقريف، حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2019-2020.

02-أمينة كوسام، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عقاري وزراعي، جامعة باتنة 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2015.

03-بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 2015.

04-جمال ديلمي، آثار التصديق الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2023-2022.

05-سفيان مرابطين، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، 2020-2021.

06-عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات- دراسة تحليلية مقارنة -، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2016 – 2017.

07-محمد رضا ازرو، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015 – 2016.

08-مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2017.

ب- رسائل الماجستير

01-آلاء أحمد محمد حاج علي، التنظيم القانوني لجهات التصديق على التوقيع الالكتروني، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2013 .

02-أمال بوبكر، سلطات التصديق الالكتروني، رسالة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق، جامعة سعيد حمدين، 2017-2018.

03-جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البع العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية: 2001-2012.

04-عبير مخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، آيار 2009.

05-يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2007.

***المداخلات العلمية**

01-مونة مقلاتي، ربيعة فراح، مسؤولية المورد الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية على ضوء قانون 18/05، الملتقى الدولي التجارة الإلكترونية في الجزائر واقع وأفاق، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أق أخموك، تمنغاست، يومي 18 و19 نوفمبر2020.

المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

Les Sources

*Lois :

01-Loi N°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique.

02-Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures) modifiant le code civil français.

***Ordonnances :**

01-Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016-portant réformé du droit du contrats, du régime général et de la preuve des obligations, jorf n 0035 modifiant le code civil français.

02-Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ART 16, MODIFIANT LE CODE CIVIL JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, Texte 19 sur 133

Les References

*Les Ouvrages :

01-DAVE CHAFFEY, Digital Business and E-Commerce ManagementStrategy, Implementation, Sixth edition, Pearson Education Limited, United Kingdom, 2015.

02-Dave Chaffey, E-Business and E-Commerce Management Strategy, Implementation and Practice, Fourth edition published, Pearson Education Limited, England, 2009.

03-Delphine Majdanek, la signature et les mentions manuscrites dans les contrats, presses universitaires de bordeaux, paris, 2000.

04-Dimitrios Tsolis, Lambros Drossos, Spyros Sioutas, Theodore Papatheodorou, Digital Rights Management for E-Commerce Systems, Information science reference, Hershey, New York, 2009.

05-Efraim Turban, Judy Whiteside, David King, Jon Outland, Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce, Fourth Edition, Springer International Publishing, Switzerland, 2017.

06-Fang Zhao, Entrepreneurship and Innovations in E-Business : An Integrative Perspective, IDEA GROUP PUBLISHING, the United States of America, 2006.

07-Faye Fangfei Wang, Law of Electronic Commercial Transactions, First published, by Routledge, New York, 2010.

08-Faye Fangfei Wang, Law of Electronic Commercial Transactions, Second Edition, Routledge Research, New York, 2014.

09-Gerald Spindler, E-Commerce Law in Europe and the USA, Springer, New York, 2002.

10-Jean-François Blanchette, Cryptographic Culture and Evidence Law in the Age of Electronic Documents, Massachusetts Institute of Technology, London, England, 2012.

11-Joanna Kulesza, Routledge Research in IT and E-Commerce Law, First published, by Routledge, the USA and Canada, 2012.

12-JOHN DICKIE, Producers and Consumers in EU E-Commerce Law, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2005.

13-Kathleen Mercer Reed, Henry R Cheeseman, John J. Schlageter, Contract Law-for Paralegals TRADITIONAL AND E-CONTRACTS, Second Edition, Pearson Education, the United States of America, 2013.

14-kenneth l. kraemer, jason dedrick, nigel p. melville, kevin zhu, Global e-Commerce Impacts of National Environment and Policy, Cambridge University Press, New York, 2006.

15-LORNA E. GILLIES, Electronic Commerce and International Private Law A Study of Electronic Consumer Contracts, Ashgate Publishing Limite, England, 2008.

16-Manuel J. Mendes, Reima Suomi, Carlos Passos, DIGITAL COMMUNITIES IN A NETWORKED SOCIETY e-Commerce, e-Business and e-Government, Kluwer Academic Publishers, the United States of America, 2004.

17-Mary Charman, Contract Law Fourth edition, Published by Willan Publishing USA, 2007.

18-Mehdi Khosrow-Pour, Encyclopedia of E-Commerce, E-Government, and Mobile Commerce, IDEA GROUP REFERENCE, the United States of America, 2006.

19-Naoufel ben Ahmed, la signature en droit prive, première Edition, éditons Larache, Tunis, 2013.

20-Pablo Cortés, Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union, First published, by Routledge, New York, 2011.

21-PAUL RICHARDS, Law of Contract, Tenth edition published, the British Library, 2011.

22-P. Candace Deans, E-commerce and m-commerce technologies, IRM Press, the United States of America, 2005.

23-Stephen Mason, Electronic Signatures in Law,3rd Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, England, 2012.

24-Susan Singleton, E-Commerce and Convergence : A Guide to the Law of Digital Media, Fifth Edition, BLOOMSBURY PROFESSIONAL, European Union, 2021.

*Les Articles :

01-Béatrice Fraenkel, David Pontille," L’écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique", Revue Langage et société, n° 104 – juin 2003.

02-Caroline Devaux, "Le droit français face aux plateformes numériques : guide de Navigation en eaux troubles", Revue générale de droit, Volume 50, numéro hors-série, 2020.

03-Charlaine Bouchard et Marc Lacoursière, "Les enjeux du contrat de consommation en ligne", Revue générale de droit, Volume 33, numéro 3, 2003.

04-Didier GOBERT, Etienne MONTERO, La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle, RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE, University of Namur, Belgique, n° 53, avril 2000.

05-Edmond Picard - Léon Hennebicy - Charles Van Reepingben - Jean Dal, La Signature Électronique Après Les Lois Du 20 Octobre 2000 Et Du 9 Juillet 2001, Extrait du Journal des tribunen, l'aimable autorisation des Editions Larcier, septembre 2002, BRUXELLES.belgique.

06-Edmond Mbokolo Elima, Philippe Bosembe Is'enkanga, And Eddy Mwanzo Idin'aminye, And Ntwali Victor Mituga "Les problèmes liés au contrat électronique en droit congolais", International Journal of Innovation and Scientific Research, Congo, Vol. 48 No. 2 May. 2020.

07-HARRAT Mohammed, La Protection Du E-Consommateur Dans Le Contrat Electronique (Etude Comparative), Revue de Droit et Société, Algérie, Vol : 08 No, 2020.

08-Joda Ibrahim Mohammed Alnour, Electronic Contract and its Effects According to the Sudanese Electronic Transactions law for the Year (2007) A Comparative Study, vol 10, n1, 2019.

09-MAAZI Djihad, AMROUNE Celia, "Electronic contract: A Legal mechanism for the e-commerce An analytical study under law no 18/05 ; related to e-commerce", The journal of El-Ryssala for studies and research in humanities, Algeria, Volume 07, N° 01, février 2022.

10-manoj kuMar sadual, "Electronic Contracts: Legal Issues And Challenges", International Journal of Research and Analytical Reviews, Volume 8, Issue 3, July 2021.

11-Marc Lacoursière, "La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impact des autorités de certification", Les Cahiers de droit, Volume 42, numéro 4, 2001.

12-Marie Demoulin,Étienne Montero, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", (étude publiée dans La théorie générale des obligations, suite, Liège, Formation permanente –, University of Namur, Belgique, vol. 57, octobre 2002.

13-M'hamed Toufik Bessai, "Le contrat du commerce électronique, nouveau contrat du droit de de la consommation", La Revue d'enseignant chercheur des études juridiques et politiques – Algérie, vol 07 -Octobre 2022.

14-Morad Shnikat, Ali Alzubi, Maher Aljaber, Ali Alnsoor, "The Legal Framework Of Electronic Contract In The Jordanian Legislation Global", Journal of Politics and Law Research, Vol.5 No.5, September 2017.

15-Neha Saini, "Legal Issues Vis a Vis Online Contracts in Global Scenario", revista GEINTEC, University, Noida, india, Vol. 11 No. 4, 2021.

16-Reza Moradinejad- "Le contrat intelligent, nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ?" Les Cahiers de droit, Volume 60, numéro 3, septembre 2019.

17-Serge Kablan et Arthur Oulaï, "La formalisation du devoir d'information dans les contrats de Cyberconsommation : analyse de la solution québécoise", Revue de droit de McGill, Volume 54, numéro 4, winter 2009.

18-Tebani seid, "The Nature of the Electronic Contract and its Difference from Other Contracts", Journal of Legal Studies and Research, Volume 4 Issue 2, January 2020 Algérie.

19-Vincent GAUTRAIS, "Les Contrats De Cyberconsommation Sont Presque Tous Illégaux !", Revue du notariat, Volume 106, numéro 3, décembre 2004.

20-Vincent Gautrais, "Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé", Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval, Volume 37, numéro 1, 1996.

21-Yassin Ahmad alqudah, Raed Mohammad Flieh Alnimer, "The Legal Nature of the Electronic Contract (A Comparative Study between the two laws: Jordanian

and Bahraini)", Journal of University of Shanghai for Science and Technology, Volume 22, Issue 11, November – 2020.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

ملخص:

تعد الشكلية فكرة قديمة حديثة بالنظر إلى التطورات المهمة التي مرت بها، حيث كانت البداية من القانون الروماني باعتباره الأصل التاريخي لها، والذي أفرط في الشكلية وجعلها الركن الوحيد في إبرام العقود، ومع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية، خاصة تدخل رجال الدين في العهد الكنسي المسيحي الروماني، ما أسفر عن تراجع الشكلية لتصبح استثناء بعد أن أضحت الرضائية الأصل في إبرام العقود، واستغرقت هذه الأوضاع القوانين القديمة والمعاصرة، إلا أنه مع ظهور عقود خاصة لا يكفي لإبرامها مبدأ الرضائية ولا حتى الشكليات القديمة نظرا لطبيعة الحقوق التي تنطوي عليها متمثلة في الحقوق العينية العقارية، والتي تقتضي قواعد فعالة لإثباتها ومع حاجة الأطراف وسعيهم إلى ضمان حماية حقوقهم ما استدعى ضرورة ضبط فكرة الشكلية حتى تتماشى وسمات العصر الحديث، ما أدى إلى ظهور نظام التوثيق بغية إضفاء الطابع الرسمي على العقود والتي يختص بتحريرها الموثق بصفته ضابط عمومي تنازلت له الدولة على جزء من صلاحياتها، ما جعل الكتابة الرسمية تحتل الصدارة في إبرام العقود، لتعود الشكلية الحديثة أكثر فعالية من الشكلية القديمة، واستمرت بعدها التطورات خاصة العلمية والتكنولوجية مسفرة عن ظهور منصات رقمية للتعاقد.

والتي كانت السبب في استحداث الشكلية في العقود الالكترونية، والتي جعلت الكتابة الكترونية والتوقيع الكتروني والعقد الرسمي الكتروني يحرره موثق الكتروني، وتبنت أغلب التشريعات المعاصرة التعاقد الالكتروني، ليخطو بذلك المشرع الجزائري خطوته الأولى والتي عرفت بالقصور في تنظيم العقود الالكترونية بالنظر إلى تخصيص مادتين فقط من القانون 05-10، المعدل والمتمم للقانون المدني، وخطوته الثانية بإصدار القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وخطوته الثالثة بإصدار القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، وما يعاب على المشرع الجزائري عدم تخصيصه لركن الشكلية في العقود سواء التقليدية أو الالكترونية بالإطار القانوني بغية تنظيمها موازاة مع أهميتها النظرية والعملية، كما أن ظهور هذه المفاهيم الجديدة يؤثر على استقرار الأسس الكلاسيكية لنظرية العقود، والتي بدورها تحتاج إلى جهود من أجل تحقيق مسايرة واستيعاب قواعد الشريعة العامة للتطورات الحديثة والتقنية التي شهدتها ولا تزال تشهدها العقود عامة وركن الشكلية خاصة.

Abstract :

Formalism is an ancient and modern idea in view of the important developments it has undergone, as it began with Roman law as its historical origin, which exaggerated formality and made it the only pillar in concluding contracts, and with the social and economic changes, especially the intervention of the clergy in the Roman Christian ecclesiastical era, Which resulted in the decline of formality to become an exception after consent became the basis for concluding contracts, and these situations took hold in ancient and contemporary laws. However, with the emergence of private contracts, the principle of consent is not sufficient for concluding them, nor even the old formalities due to the nature of the rights they entail, represented by real estate rights. Which requires effective rules to prove it, and with the need of the parties and their endeavor to ensure the protection of their rights, which necessitated the necessity of controlling the idea of formality in order to be in line with the characteristics of the modern era, which led to the emergence of the documentation system in order to formalize contracts, the drafting of which is the responsibility of the notary in his capacity as a public officer to whom the state has ceded part of the rights. Its powers, which made formal writing occupy the forefront in concluding contracts, so that the modern formality became more effective than the old formalism. After that, developments continued, especially scientific and technological, resulting in the emergence of digital platforms for contracting.

Which was the reason for the introduction of formality in electronic contracts, which made electronic writing, electronic signature, and the official contract electronic, drawn up by an electronic notary, and most contemporary legislation adopted electronic contracting, so that the Algerian legislator took his first step, which It was known for the shortcomings in regulating electronic contracts, given the allocation of only two articles of Law No. 05-10, amending and supplementing the Civil Code, and its second step by issuing Law No. 15-04 related to electronic signature and authentication, and its third step by issuing Law No. 18-05 related to electronic commerce. What is wrong with the Algerian legislator is not Allocating it to the formality pillar in contracts, whether traditional or electronic, in the legal framework for regulatory purposes, in parallel with their theoretical and practical importance. The emergence of these new concepts affects the stability of the classical theoretical foundations of contracts, which in turn requires efforts in order to achieve keeping pace and assimilating the general Sharia rules with modern and technical developments that It has been witnessed and continues to be witnessed by contracts in general and the formality aspect in particular.

Résumé :

Le formalisme est une idée ancienne et moderne en raison des développements importants qu'il a connus, car il a commencé avec le droit romain comme origine historique, qui a exagéré la formalité et en a fait l'unique pilier de la conclusion des contrats, et avec les changements sociaux et économiques, en particulier l'intervention du clergé à l'époque ecclésiastique chrétienne romaine, qui a entraîné le déclin de la formalité jusqu'à devenir une exception après que le consentement soit devenu la base de la conclusion des contrats, et ces situations se sont imposées dans les droits anciens et contemporains. les contrats, le principe du consentement ne suffit pas pour les conclure, ni même les anciennes formalités en raison de la nature des droits qu'ils comportent, représentés par les droits immobiliers, ce qui nécessite des règles efficaces pour le prouver, et avec la nécessité des parties et leur effort pour assurer la protection de leurs droits, qui a nécessité la nécessité de contrôler la notion de formalité pour être en phase avec les caractéristiques de l'époque moderne, ce qui a conduit à l'émergence du système documentaire pour formaliser les contrats , dont la rédaction incombe au notaire en sa qualité d'officier public à qui l'État a cédé une partie des droits. Ses pouvoirs, qui ont fait l'écriture formelle, occupent le devant de la scène dans la conclusion des contrats, de sorte que la formalité moderne est devenue plus efficace que l’ancien formalisme, puis les évolutions se sont poursuivies, notamment scientifiques et technologiques, aboutissant à l’émergence de plateformes numériques de contractualisation.

Ce qui a été la raison de l'introduction du formalisme dans les contrats électroniques, ce qui a rendu la rédaction plus difficile. Électronique, la signature électronique et le contrat formel électronique, rédigé par un notaire électronique, et la plupart des législations contemporaines ont adopté le contrat. Ainsi, le législateur algérien a fait son premier pas, connu pour les lacunes de la réglementation des contrats électroniques, compte tenu de l'attribution de seulement deux articles de la loi 05-10, modifiant et complétant le Code civil, et sa deuxième étape en promulguant la loi 15-04 relative à la signature et à l'authentification électroniques, et sa troisième étape en promulguant la loi 18-05 relative au commerce électronique, qu'est-ce que Le tort du législateur algérien est de ne pas inscrire le pilier de la formalité dans les contrats, qu'ils soient traditionnels ou électroniques, dans le cadre juridique à des fins réglementaires, parallèlement à leur importance théorique et pratique. L'émergence de ces nouveaux concepts affecte la stabilité du cadre théorique classique. Fondements des contrats, ce qui nécessite à son tour des efforts pour suivre le rythme et assimiler les règles générales de la charia des développements modernes et techniques dont les contrats en général et le pilier de la formalité en particulier ont été témoins et sont encore témoins.